

## 法政大學講義録

著者	富井 政章, 横田 秀雄, 片山 義勝, 村上 隆吉, 泉 二 新熊, 豊島 直通
出版者	法政大學
巻	17
号	2学年の6
ページ	1-113
発行年	1908-03-20
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10114/5836">http://hdl.handle.net/10114/5836</a>

明治四十一年三月二十日發行

（第貳學年ノ六）

四十一年度

法政大學講義錄

第七十號

法政大學發行



0368



# 四十一年度第十七號目次

民法	物權	第七章 (自九七至一〇四)	法學博士 富井政章
民法	債權	契約總則及事務管理以下 (自一二一至一四八)	法學博士 横田秀雄
民法	債權	第二章第二節 (自一五三至一五五)	法學博士 横田秀雄
民法	債權	乃至第十四節 (自一五三至一五五)	法學博士 片山義勝
商法	總則	(自二八至二九)	法學士 村上隆吉
商法	商行	爲第十章 (自一四九至一九四) (完)	法學士 泉二新熊
刑法	各論	(自四六至五六一)	法學士 豐島直通
刑事訴訟法		(自二九三至三一六)	

## 雜錄 ○大審院判例要旨

リテ相手方ニ被ラシメタル損害ニ付キ其責ニ任スルハ勿論天災不可抗力ニ因リテ其利益カ消滅シタル場合ト雖モ其利益ヲ返還スルノ義務アリトス何トナレハ惡意ノ受益者ハ他人ノ財産勞務ニ因リテ利益ヲ受クルノ瞬間ニ於テ返還ノ義務ヲ負擔スルモノニシテ其後ニ生シタル事實ハ其義務ニ消長ヲ來タササルヲ以テナリ

不當利得ハ法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財産勞務ニ因リテ利益ヲ受ケタル者ヲシテ其利益ヲ返還セシムルノ義務ヲ負ハシムルモノニシテ相手方ニ不法行為アリタルヤ否ヤハ利益返還ノ義務ニ影響ヲ及ホスコトナシ然レトモ茲ニ不當ノ利得アレハ常ニ必ズ返還ノ請求權ヲ發生スルモノニシテ其不當利得カ不法行為ニ基因スルノ故ヲ以テ此請求權ヲ被害者ニ拒ムコトヲ得ス何トナレハ法律ハ此點ニ付キ何等ノ區別ヲ設ケサルヲ以テナリ故ニ被害者ハ選擇ニ從ヒ相手方ノ不法行為ヲ理由トシテ其損害ノ賠償ヲ請求シ又ハ相手方ノ不當利得ヲ理由トシテ利得ノ返還ヲ要求スルヲ爲スヘク要ハ相手方ヲシテ二重ニ給付ヲ爲サシムルコトナキヲ要スルノミ例ヘハ當事者ノ一方カ相手方ヲ欺罔シテ或法律行為ヲ締結セシメ由ラ以テ相手方ヲシテ或給付ヲ爲サシメタル場合ニ被害者ハ其法律行為ヲ取消シタル上其選擇ニ從ヒ不當利得ヲ理由トシテ相手方ヨリ給付ノ返還ヲ請求シ又ハ相手方ノ不法行為ヲ理由トシテ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルカ如シ法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財産勞務ニ因リテ利益ヲ受ケタル者ハ其受ケタル利益ヲ返還スルノ義務アルハ前述ノ如シト雖モ此原則ニハ例外アリ即チ左ノ如シ

民法債權 不當利得 不當利得ノ效力

090  
1908  
2-1-6

第一 債務ノ辨濟トシテ、給付ヲ爲シタル者カ、其當時債務ノ存在セサルコトヲ知リタルトキハ、其給付シタル物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得。

是レ第七〇五條ニ規定スル所ニシテ債務ノ存在セサルコトヲ知リナカラ辨濟シテ給付ヲ爲スハ、即チ自己ノ財産勞務ニ因リテ他人カ利益ヲ受クルコトヲ認諾シタルモノニ外ナラスシテ各人ハ他人ノ利益ノ爲メニ自己ノ財産勞務ヲ處分スルノ完全ナル自由ヲ享有スルヲ以テ此場合ニ於テハ法律ハ給付者ヲ保護スルノ必要ナシト認メタルモノナリ。

第二 債務者カ辨濟期ニ在ラサル債務ノ辨濟トシテ給付ヲ爲シタルトキハ、其給付シタル物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得。

是レ第七〇六條前段ニ規定スル所ナリ蓋シ此場合ニ於テハ債務者ハ辨濟期前ニ給付ヲ爲シタルニ止マリ存在セサル債務ニ對シテ辨濟ヲ爲シタルモノニアラサルノミナラス不當利得ノ原則ニ從ヒ債權者ヲシテ其受ケタル給付ヲ返還スルノ責任セシムルニ於テハ徒ラニ當事者間ノ權利關係ヲ錯雜ナラシメ實際上不便ナカラサルヲ以テ此場合ニ於テハ債務者ハ給付ノ返還ヲ要求スルコトヲ得サルモノト爲シタルモノナリ然レトモ之カ爲メ債權者ヲシテ債務者ノ損害ニ於テ利得ヲ爲サシムルハ不公平ナルヲ以テ債權者カ期限前ニ給付ヲ受タルニ因リテ利益ヲ受ケタルトキ其利益ハ之ヲ債務者ニ返還セサルヘカラス但債務者ハ何時ニテモ期限ノ利益ヲ拋棄シテ辨濟ヲ爲スコトヲ得ヘキヲ以テ債務者カ期限ノ未タ到來セサルコトヲ知リナカ

ラ辨濟ヲ爲シタルトキハ期限ノ利益ヲ拋棄シタルモノトシテ何等ノ返還請求權ヲ有セサルヘク債務者カ債權者ニ對シテ此權利ヲ行フコトヲ得ルハ錯誤ニ因リ期限前ニ辨濟ヲ爲シタル場合ニ限定セラルヘキモノトス是レ第七〇六條但書ニ規定スル所ナリ。

第三 債務者ニ非サル者カ錯誤ニ因リテ債務ノ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テ債權者カ善意ニテ證書ヲ毀滅シ擔保ヲ拋棄シ又ハ時効ニ因リテ其債權ヲ失ヒタルトキハ辨濟者ハ返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得。

債務者ニアラサル者カ錯誤ニ因リ債務ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ其辨濟者ハ原因ナクシテ給付ヲ爲シタルモノニ外ナラサルヲ以テ一般ノ原則ニ依レハ其給付ニ因リ債權者ノ受ケタル利益ヲ債權者ニ請求スルコトヲ得サルヘカラス然レトモ債權者カ給付者ニ代リテ眞ニ辨濟ヲ爲ス者ト信シテ其給付ヲ受取リ其結果債務關係ハ根本的ニ消滅シタリト思惟シ證書ハ之ヲ保有スルノ必要ナシトシテ之ヲ毀滅シ賣物ハ之ヲ返還シ抵當權ハ其登記ヲ抹消シ又ハ眞正ノ債務者ニ對スル關係ニ於テハ消滅時効ヲ成就セシメタルトキハ辨濟者ハ最早ヤ債權者ニ對シテ返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ斯クスルニ於テハ債權者ハ辨濟者ニ對シテ其受取リタル給付ヲ返還シタル曉ニ於テ眞正ノ債務者ヨリ其債務ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得サルニ至リ意外ノ損失ヲ被ルニ至リ債權者ニ對シテ苛酷ナル結果ヲ生スヘケレハナリ。

辨濟者カ債權者ニ對シテ返還ノ請求ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキハ其辨濟ハ確定不可

動ノモノナリ債務關係ハ絕對的ニ消滅ス其ノ玆ニ至レルハ辨濟者カ給付ヲ爲シタルカ爲メニシテ即チ債務者ノ爲メニ辨濟ヲ爲シタルト同一ノ結果ニ歸著スルヲ以テ辨濟者ハ事務管理不當利得ノ原則ニ從ヒ債務者ニ對シテ求償權ヲ行フコトヲ得ヘキハ勿論ニシテ債權者ニ對スル返還請求權ノ喪失ハ債務者ニ對スル求償權行使ノ障礙トナルコトナシ是レ第七〇七條但書ノ規定アル所以ナリ

第四 不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲シタル者其給付ヲ爲シタル物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス是レ第七〇八條ニ規定スル所ニシテ所謂不法ノ原因ノ爲メニ給付ヲ爲スコトハ公ノ秩序善良ノ風俗ヲ害スヘキ因由ノ爲メニ給付ヲ爲スヲ云フ例ヘハ殺人罪ノ用ニ供スル爲メ刀劍類ヲ賣買シ贈賄ノ目的ヲ以テ金品ヲ官吏ニ寄贈シ貨幣偽造ノ用ニ供スル爲メ金品ヲ醴集シ、賭博ノ債務ノ履行トシテ金圓ヲ相手方ニ供與スルカ如シ又其所謂給付ノ中ニハ物ノ所有權ヲ相手方ニ移轉スルノ目的ヲ以テ其物ヲ相手方ニ引渡シ又ハ所有權移轉ノ登記ヲ爲シタル場合ハ勿論貸借其他ノ名義ヲ以テ目的物ヲ相手方ニ交付シ又ハ登記簿上所有權ノ移轉ヲ假裝シタル場合ヲ包含ス彼ノ有名ナル角石事件ハ即チ後ノ場合ニ該當シ債務者カ家資分散ノ際財産隱匿ノ手段トシテ其所有財産ヲ他人名義ト爲シ債權者ノ訴追ヲ免カレタル後名義主ニ對シテ其返還ヲ請求シ不法ノ原因ノ爲メニ給付ヲ爲シタルモノトシテ其要求ヲ斥ケラレタルモノナリ此規定ハ何人ト雖モ自己ノ不法行為ヲ理由トシテ法律ノ保護ヲ仰クコトヲ得スト云ヘル羅馬

法以來認メラルル所ノ法理上ノ原則ヲ基礎トシ法律ハ不法ノ原因ノ爲メニ給付ヲ爲シタル者ハ法律ノ保護ニ値セサルモノトシテ不當利得返還ノ請求權ニ付キ其本來享有スル訴權ヲ剝奪スルモノニシテ一種ノ政策ナリ換言スレハ不法應用ノ爲メニ給付ヲ受ケタル者ハ給付ヲ爲シタル者ニ對シテ返還ノ義務ヲ負擔スルモ法律ハ給付ヲ爲シタル者ニ對シ相手方ノ義務不履行ノ場合ニ付キ救済ヲ與ヘサルニ過キス左レハ相手方カ任意ニ返還ノ義務ヲ履行シタルトキハ相手方ハ適法ニ給付ヲ爲シタルモノナルヲ以テ其給付ハ不當利得ニ因ル返還ノ目的タルコトヲ得サルモノトス是レ不法ノ原因ノ爲メニ給付ヲ爲シタル場合ニ於ケル當事者ノ權利關係ヲ研究スルニ當リ看過スヘカラサルノ點ナリトス

法律ハ不法ノ原因ノ爲メニ給付ヲ爲シタル者ハ保護ニ値セストシテ返還請求權ヲ拒ムコトハ前述ノ如シ然レトモ不法ノ原因カ相手方ニノミ存シ給付ヲ爲シタル者ニ存セサルトキハ給付ヲ爲シタル者ヲシテ返還ノ請求權ヲ行フコトヲ得セシムルノ必要アリ給付ヲ爲シタル者ヨリ權利ヲ剝奪スヘキ理由ナシ例ヘハ相手方ノ詐欺脅迫ニ依リ給付ヲ爲シタルカ如キ場合ニ於テハ不法ノ原因ハ相手方ニノミ存シ給付者ニ存セサルヲ以テ給付者ハ相手方ニ對シテ其返還ヲ請求スルコトヲ妨ケサルモノトス

不法ノ原因ニ基ク給付ニ付テハ立法例區區ニシテ一定セス或ハ此場合ニ於テモ一般ノ原則ヲ適用シ受益者ヲシテ給付ヲ爲サシムルヘキモノトシ或ハ其給付ヲ國庫又ハ寺院ノ利益ノ爲メ

ニ之ヲ沒收スヘキモノト爲セリ我民法ハ佛民法其他多數ノ立法例ニ從ヒ給付者ニ對シテ返還ノ請求權ヲ拒絕スルノ主義ヲ採用シタルモノナリ

#### 第四章 不法行為

##### 第一節 不法行為ノ性質

不法行為モ亦債權發生ノ一原因トシテ契約、事務管理、不當利得ト其性質ヲ同シウスト雖モ不法行為ハ私法上ノ效果ヲ生セシムルヲ目的トスル所ノ契約、公平ノ觀念ヲ基礎トスル所ノ事務管理及ヒ不當利得ト異ナリ有責違法ノ行為ヲ爲シタル加害者ヲシテ其行為ヨリ生シタル結果ニ付キ被害者ニ對シテ其責ヲ負ハシムルモノニ外ナラス而シテ我民法ニ依ルトキハ不法行為ハ債權發生ノ原因トシテ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ

不法行為トハ故意又ハ過失ニ因リ他人ノ權利ヲ侵害シ損害ヲ生セシムルノ行為ナリ

今ヤ此定義中ニ存スル不法行為ノ概念ヲ分析のニ説明スルトキハ左ノ如シ

第一 不法行為ハ他人ノ權利ヲ侵害スルノ行為ナリ

所謂行為トハ人ノ意思ニ基ク行為（不行爲ヲ包含ス）ヲ謂ヒ此點ニ付テハ不法行為ハ法律行為ト其性質ヲ同シウシ人ノ意思ト何等ノ關係ヲ有セサル外界ノ現象即チ所謂事變若クハ事件ト稱スルモノト異ナル所ナリ然レトモ不法行為ハ其名稱ノ示ス如ク有責違法ノ行為ナルヲ以

テ此點ニ於テ適法行為タル法律行為ト其性質ヲ異ニス蓋シ法律行為カ其效力ヲ生シ當事者間ニ權利義務ノ關係ヲ發生スルハ法律カ自由任意ニ其相互ノ私法的關係ヲ定メタル當事者ノ意思ニ其效ヲ與フルモノニ外ナラス之ニ反シテ不法行為ニ在リテハ法律ハ禁セラレタル行為ヲ爲シタル者ヲシテ其行為ノ結果ニ付キ被害者ニ對シテ責任ヲ負ハシムルモノニシテ法律カ當事者間ニ權利義務ノ關係ヲ創設スル所以ノ理由ハ法律行為ノ場合ト正反對ナルコトヲ知ルヘシ

如何ナル場合ニ於テ人ノ行為ハ違法ナリト云フコトヲ得ヘキヤト云フニ人ノ行為カ違法タルカ爲メニハ其行為カ他人ノ權利ヲ侵害シタルコトヲ必要トシ他人ノ權利ヲ侵害セサル行為ハ其結果トシテ他人ニ損害ヲ被ラシムルモ違法行為ヲ以テ之ヲ目スルコトヲ得ス我民法ニハ他人ノ權利ヲ侵害シタル者トアルハ之カ爲ナリ然レトモ不法行為アリトスルニハ他人ノ私權ヲ侵害スルノ行為タルヲ以テ足レリトシ其權利ノ何タルヤハ之ヲ問フコトヲ要セス故ニ財產權ハ勿論人格權親族權モ亦不法行為ニ因ル侵害ノ目的タルコトヲ得ヘシ但此等權利ノ侵害ハ場合ノ如何ニ拘ハラス常ニ不法行為トシテ債權發生ノ原因トナルモノニ非ス即チ予ノ信スル所ニ依レハ凡ソ不法行為アリトスルニハ常ニ必ス對世の關係ニ於テ權利ヲ侵害スルコトヲ要シ對人的權利關係ノ當事者間ニ於ケル權利ノ侵害ハ茲ニ所謂不法行為ヲ組成セサルモノトス玆ヲ以テ常ニ其成立ニ於テ對世の關係ノミヲ生スル物權特許權著作權等ノ侵害ハ其何レノ方

面ヨリ來ルヲ問ハス常ニ不法行為トシテ債權發生ノ原因トナルモ債權親族權ノ如キ對人ノ權利ニ在テハ對人タル義務者ノ義務違反ハ債務ノ不履行又ハ親族法上ノ義務違背トシテ其當事者ニ權利義務ノ關係ヲ生スルニ止マリ不法行為トシテ別ニ債權發生ノ原因ヲ成ササルモノトス然レトモ債權關係ニ付テモ亦對世ノ關係ニ於ケル權利侵害ノ場合ニ想像スルコトヲ得ヘク此場合ニ於テ被害者タル債權者ハ不法行為ノ原則ニ從ヒ救済ヲ求ムルコトヲ得ヘキヤ否ヤニ付テハ學者間議論ノ存スル所ナリト雖モ我民法ハ不法行為ノ目的タルコトヲ得ヘキ權利ノ種類ヲ限定セサルノミナラス債權其他ノ對人權ノ侵害ヲ以テ一ノ不法行為ナリトシ法律ノ救済ヲ求ムルコトハ權利其モノノ性質上毫モ妨ケナキヲ以テ本問ニ付テハ積極說ヲ採ルヲ可ナリト信ス

## 第二 不法行為ハ故意又ハ過失ニ因リ他人ノ權利ヲ侵害スル行為ナリ

不法行為ハ有責違法ノ行為ナルヲ以テ或行為ノ不法ナルカ爲メニハ其行為カ他人ノ權利ヲ侵害シタルノミヲ以テ足レリトセス其行為ヲ爲シタル者ニ故意又ハ過失ノ責アルコトヲ必要トス何トナレハ不法行為ハ之ヲ爲シタル者ヲシテ其行為ヨリ生シタル損害ヲ賠償スルノ責任ヲ負ハシムルモノニ外ナラス然ルニ故意又ハ過失ト責任トハ常ニ分離スヘカラサル關係ヲ有シ故意過失ナキ所爲ハ要スルニ一ノ事件ニ過キササルヲ以テ所謂責任ノ問題ヲ生スルコトナカルヘキハ責任ニ關スル原則上明白ナルヲ以テナリ故ニ或人カ其行為ニ因リ他人ノ權利ヲ侵害ス

ルモ其人ニ責任能力ナク又ハ責任能力アルモ故意過失ノ責ムヘキモノナキトキハ其人ハ權利侵害ノ結果ニ對シ賠償ノ責ヲ負ハサルモノトス

不法行為ハ或ハ他人ノ權利ヲ侵害スル積極的ノ行為ナルコトアリ何レノ場合ニ於テモ其積極的行為ヲ爲シタル者又ハ其行為ヲ爲サザリシ者ニ故意過失アルトキハ其者ハ不法行為ヲ爲シタル者トシテ其責ニ任セサルヘカラス

所謂故意トハ行為ノ結果ヲ豫見シテ之ヲ希望シ又ハ少クモ之ヲ認許セル意思ノ狀態ヲ謂ヒ過失トハ結果ヲ豫見シ得ヘキニ注意ノ足ラサル爲メ之ヲ豫見セス又ハ行為ノ結果ヲ豫見シ之ヲ防止シ得ヘキニ注意ノ足ラサル爲メ之ヲ防止スルコトヲ得サリシ狀態ヲ云フ故ニ予ノ信スル所ニ依レハ故意ト過失トヲ區別スルノ標準ハ行為ノ結果ニ對スル豫見ノ有無ニ非スシテ寧ろ其結果ニ對スル希望又ハ少クモ認許ノ有無ニ在リトス而シテ故意ハ結果ヲ豫見シテ之ヲ希望シ又ハ之ヲ認許シタル行為ナルコトハ前述ノ如ク此點ニ付テハ別段説明ヲ爲スノ要ナシト雖モ過失ハ注意ノ不足セル狀態ヲ指スヲ以テ此關係上各人ノ用ユヘキ注意ノ程度ハ如何ニシテ之ヲ定ムヘキヤノ問題ヲ生スヘシ獨逸民法ハ取引上必要ナル注意ヲ怠リタル者ハ過失ノ責アリトノ一般的规定ヲ設ケタルヲ以テ何等ノ問題ヲ生スルコトナシト雖モ我民法ニハ斯ル一般的规定ヲ缺クノミナラス不法行為ニ關シテ特ニ規定スル所ナキヲ以テ解釋上疑ヲ生スルヲ免カレス而シテ我民法全編ヲ通シテ立法者ノ採用シタル注意ノ標準ニアリテハ善良ナル管理



者ノ注意トシ他ノ一ヲ自己ノ財産ニ於ケル注意トスルハ諸君ノ既ニ了知セラルル所ニシテ右二個ノ標準中何レヲ以テ不法行為ニ關スル過失ノ有無ヲ定ムルノ標準ト爲スヘキヤ予ノ信スル所ニ依レハ善良ナル管理者ノ注意ハ其性質ニ於テ各人ノ用ユヘキ注意ノ標準トナルヘキモノニシテ自己ノ財産ニ於ケル注意ハ或特別ノ場合ニ法律カ義務者ノ責任ヲ輕減シタル例外タルニ過キサルヲ以テ各人ノ用ユヘキ注意ニ付キ特別ノ規定ナキ限ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ標準トシ此注意ヲ怠リタルヤ否ヤヲ以テ過失ノ有無ヲ判定セサルヘカラス蓋シ法律ハ他人ノ權利ニ關シテハ一般ノ人ヲシテ不法行為ノ義務ヲ負ハシムルモノナレハ各人ヲシテ周到ナル注意ヲ用ヒテ此義務ヲ遂行セシメ由テ以テ他人ノ權利ヲ尊重セシムルハ私權ノ安固ヲ保障スルカ爲メ極メテ必要ナリトス若シ夫レ一派ノ論者ノ主張スル如ク自己ノ財産ニ於ケル具體の注意ノ標準ト爲スニ於テハ日常粗漏ナル人ハ他人ノ權利ヲ侵害スルモ往往ニシテ其責ヲ免ルルニ至ルヘク斯クテハ私權ノ保護不十分ニシテ有害ノ結果ヲ生スルハ論ヲ係タサルヲ以テ不法行為ノ場合ニ於テモ亦善良ナル管理者ノ注意即チ我民法ニ認ムル抽象の注意ヲ以テ過失ノ有無ヲ定ムル唯一ノ標準トシテ自己ノ財産ニ於ケル具體の注意ニ從フヘキモノニアラスト信ス

以上説明セル所ニ從ヒ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ニ過失即チ注意ノ不足アリタルトキハ其輕重大小ニ拘ハラズ之ヲシテ不法行為ノ責任ニ任セシムルモ法律ハ或場合ニ於テ其責任ヲ輕減シ

故意又ハ重過失アル場合ノ外ハ加害者ニ賠償ノ責任ナキモノト爲セリ例ヘハ不實ノ事ヲ以テ人ヲ告訴告發シタル者ハ惡意重過失アルニアラサレハ被害ニ對シテ賠償ノ責任ニ任セサルモノト爲ス刑事訴訟法第一三條ノ規定、判檢事其他直接又ハ間接ニ刑事ノ裁判ニ干與スル官吏ノ責任ヲ輕減セル同第一四條ノ規定失火ノ場合ニ於テハ失火者ハ惡意又ハ重過失アルニアラサレハ賠償ノ責任ニ任セサルモノトス明治三十二年法律第四〇號ノ如シ蓋シ第一ノ場合ニ於テ告訴人、告發者、判檢事等ノ責任ヲ輕減スルハ犯罪ノ訴追處罰ヲ確保スル公益上ノ原因ニ基クモノニシテ第二ノ場合ニ於テ失火者ノ責任ヲ輕減スルハ原則ノ適用ヨリ生スル苛酷ナル結果ヲ豫防スルヲ目的トシタルモノナリ

### 第三 不法行為ハ故意又ハ過失ニ因リ他人ノ權利ヲ侵害シ損害ヲ生セシメタル行為ナリ

損害賠償ノ原因タル不法行為ハ有責違法ノ行為タルヲ以テ足レリトセス其行為ノ結果他入ニ損害ヲ生セシメタルコトヲ必要トス何トナレハ法律カ不法行為ヲ以テ債權發生ノ一原因ト爲セルハ要スルニ被害者ヲシテ加害者ニ對シ其受ケタル損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得セシムルヲ以テ唯一ノ目的ト爲スモノニシテ假令權利ノ侵害アルモ何等ノ損害ナキトキハ當事者間ニ於テ賠償ノ問題ヲ生スルコトナキヲ以テナリ是レ所謂名義上ノ賠償ナルモノヲ認許スル或法制ト其主義ヲ異ニスル所ニシテ我立法者ハ損害ノ隨伴セサル權利ノ侵害ニ對シテハ救済ヲ與フルノ必要ナシト認メタルモノナリ

不法行為アリトスルニハ常ニ必ス損害アルコトヲ要スルハ前述ノ如シト雖モ如何ナル場合ニ損害アリト云フコトヲ得ヘキヤハ別ニ研究スヘキ問題ニ屬ス所謂損害トハ利益ノ喪失ヨリ生シタル缺陷ヲ意味シ廣義ニ於テハ有形無形ノ利益ノ喪失ハ總テ其中ニ包含スルヲ以テ名譽感情ヲ傷ケラレタルカ爲メ受クル苦痛ノ如キモ亦一種ノ損害ナリト云フコトヲ得ヘシ然レトモ損害賠償ハ金錢ヲ以テ之ヲ爲スモノナレハ取引上金錢ニ見積ルコトヲ得サル無形ノ利益ハ不法行為ニ因ル損害賠償ノ目的タルコトヲ得サルヤノ疑ヲ生スヘシ此點ニ關シテハ舊民法ハ從來ノ立法例ト共ニ賠償スヘキ損害ハ金錢ニ見積リ得ヘキモノタルコトヲ必要トスルノ主義ヲ採用セリ然レトモ我民法ハ既ニ債權ノ目的ニ付キ金錢の利益ノ有無ヲ問ハサルノ主義ヲ採用シ尙ホ同一ノ精神ニ基キ不法行為ノ場合ニ於テモ亦賠償スヘキ損害ハ敢テ金錢の利益ノ喪失タルコトヲ必要トセス精神の無形ノ利益ノ喪失ト雖モ賠償ノ目的タルニ妨ケナキモノト爲セリ是レ近代ノ進步シタル法律思想ト私權保護ノ必要ニ出タルモノニシテ權利侵害ノ爲メニ現ニ損害ヲ生シタルニ拘ハラズ其損害ノ金錢の有形ノモノニアラサルノ故ヲ以テ其損害ニ對スル救済ヲ否認スルハ理論ニ反シ權利ノ保護ニ於テ盡ササル所アリ立法上ノ一缺點タルヲ免カレサルノミナラス喪失セラレタル利益カ取引上金錢ニ見積ルコトヲ得サルコトハ金錢ヲ以テ之カ賠償ニ充ツルノ妨ケトナルコトナシ何トナレハ金錢ハ名譽感情ノ如キ無形の利益ヲ代表スルモノニ非サルモ而モ此等利益ノ喪失ヨリ生スル苦痛ヲ慰藉スヘキ最良ノ賠償方法タル

ヲ失ハサルヲ以テナリ是レ我民法カ第七一〇條ニ於テ他人ノ身體自由又ハ名譽ヲ害シタル場合ト財産權ヲ害シタル場合トヲ間ハス前條ニ依リテ損害賠償ノ責任ニ在スル者ハ財産以外ノ損害ニ對シテモ其賠償ヲ爲スコトヲ要スレト規定シ英法ノ主義ヲ採用シタル所以ナリ而シテ其所謂財産以外ノ損害トハ金錢價格ヲ有セサル損害ヲ意味シ財産ナル語ハ金錢價格アル利益ノ意ニ用ヒラレタルモノナリ

不法行為ハ債權發生ノ原因中ニ在テ特別ノ地位ヲ占メ之ヨリ生スル債權ハ他ノ原因ヨリ生スル債權ト其性質ニ於テ多少ノ差異アルモ其性質ノ許ス限ハ一般債權ニ關スル原則ヲ適用セサルヘカラス而シテ不法行為ヨリ生スル債權ノ特質トシテ見ルヘキモノハ此債權ハ常ニ金錢ノ給付ヲ目的トシ名譽毀損ノ場合ニ於ケル例外ヲ除キ他ニ金錢以外ノ給付ヲ目的トスルコトナキコト是ナリ故ニ物權侵害ノ場合ニ其侵害ヲ理由トシテ金錢の損害賠償ヲ要求スルハ不法行為ニ因ル損害賠償ノ範圍ニ屬スルモ原狀回復ノ請求權ハ所謂物權ヨリ生スル一種特別ノ請求權ニ屬シ不法行為ヨリ生スル債權ニ非ス又債務ノ不履行ヨリ生スル損害賠償ノ請求權ハ債權アルコトヲ前提要件トシ主たる債權ニ附隨スル從タル權利ナルモ不法行為ニ因ル損害賠償ノ請求權ハ獨立ノ債權ヲ形成スルモノナリ終リニ不法行為ニ因ル債權ニ付キ權利ノ移轉承繼ヲ認許スヘキヤ否ヤノ問題ニ付テハ侵害セラレタル利益ノ性質如何ニ依リテ差異アリ即チ子ノ信スル所ニ依レハ權利者其人ト分離スヘカサル關係ヲ有スル所ノ利益ノ喪失ヨリ生スル損害賠償ノ請求權ハ基本タ

ル利益ト等シク被害者ニ專屬シ他人ニ於テ全然之ヲ承繼シ若クハ被害者ニ代位シテ之ヲ行使スルコトヲ得サルモノトス換言スレハ名譽ノ毀損若クハ愛情ノ傷害ヨリ生スル非財産的利益ノ喪失ニ對スル賠償ノ請求權ハ被害者ニ專屬スルモノトシテ移轉承繼ノ目的タルコトヲ得ス之ニ反シテ被害者ノ被リタル財産の損害ニ對スル賠償請求權ハ財產權ノ侵害ニ基因スルト其他ノ權利ノ侵害ニ基因スルトニ論ナク他人ニ於テ之ヲ承繼シ之ヲ行使スルコトヲ妨ケス何ナレハ非財産の損害ニ付キ金錢ノ賠償其他ノ救済ヲ求ムルノ當否ハ被害者其人ニシテ初メテ之ヲ判定スルコトヲ得ヘク之ヲ他人ノ意思如何ニ繫ラシムヘキモノニアラス之ニ反シテ被害者ノ受ケタル財産の損失ニ對シ金錢の賠償ヲ請求スル權利ハ之ヲ被害者ニ專屬セシムヘキ必要ヲ見サルヲ以テナリ但何レノ場合ニ於テモ損害賠償ノ請求權カ當事者間ノ契約又ハ確定判決ニ因リ純然タル金錢ノ債權ニ變シタルトキハ其發生原因ノ如何ニ拘ハラス相續人又ハ第三者ニ於テ有效ニ之ヲ承繼スルコトヲ得ヘシ

予ハ以下不法行為ヲ論スルニ當リ不法行為ノ權利者不法行為ノ義務者防禦行為損害賠償ノ範圍及ヒ方法消滅時効ニ區別シテ説明スヘシ

## 第二節 不法行為ノ權利者

不法行為ヨリ生スル損害賠償ノ請求權ハ要スルニ或權利ノ侵害ニ對スル救済タルニ外ナラサル

ヲ以テ加害者ニ對シテ請求權ヲ有スル者ハ被害者即チ其權利ヲ侵害セラレタル者タルハ明カナリ故ニ不法行為ノ權利者ハ能力ヲ享有スル者タルコトヲ必要トスルト同時ニ此能力ヲ有スルノミヲ以テ足り其自然人タルト法人タルトハ之ヲ問フノ必要ナシ唯法人ハ常ニ必ス一定ノ目的ヲ有シ其目的ノ範圍内ニ於テ權利能力ヲ享有スルニ過キサルヲ以テ不法行為ニ因ル損害賠償ノ請求權ニ關シテモ亦其目的ノ範圍内ニ於テ被害者トシテ救済ヲ求ムルコトヲ得ルニ過キサルモノトス

賠償權利者ハ常ニ必ス權利能力者タルコトヲ要スルヲ以テ自然人ハ出生ニ因リテ此權利ヲ享有スルト同時ニ死亡ニ因リテ此能力ヲ喪失スルコトナルヘク茲ニ於テ未ダ出生セサル胎兒ハ權利能力ナキモノトシテ賠償ノ請求權ヲ有セサルニ至ルヘシ然レトモ斯クテハ私權ノ保護不充分ニシテ動モスレハ正當ナル需要ヲ満足スルコト能ハサルノ結果ヲ生スルヲ以テ民法ハ損害賠償ノ請求權ニ付キ特ニ規定ヲ設ケ第七二一條ニ於テ胎兒ハ損害賠償ノ請求權ニ關シテハ既ニ生レタルモノト看做シ胎兒ヲシテ他日出生シタル場合ノ爲メニ損害賠償ノ請求權ヲ取得セシム此規定ハ胎兒カ出生前ニ其父ヲ害セラレタル場合ニ於テ最モ其必要ヲ感スルモノナリ但胎兒カ死シテ生レタルトキハ賠償ノ請求權ハ始メヨリ成立セザリシモノトナルヘキハ勿論ナリ

一ノ不法行為カ同時ニ數人ノ權利ヲ害シタルトキハ被害者ハ各自ニ加害者ニ對シテ賠償ヲ請求權ヲ有スルハ論ヲ俟タス而シテ生命權侵害ノ場合ニ於テハ加害者ハ直接ニ他人ノ生命權ヲ害シ



間接ニ死者ノ近親ノ權利ヲ害スルモノナリ然ルニ生命權侵害ノ場合ニ於テハ損害賠償ノ原因タル殺害ナル事實ノ發生スル當時ニ在テハ被害者ハ最早ヤ存在セザルコトナリ權利ノ主體タル（キ人ヲ缺クヲ以テ生命權ノ侵害ニ對スル賠償ノ請求權ハ終ニ發生スルコトヲ得シテ吾人ノ最モ貴重スヘキ權利タル生命權ノ侵害ニ對シテハ私法上何等救済ノ途ナキハ奇異ノ感ナキヲ得ス故ニ死者ノ相續人モ亦死者ノ承繼人トシテ生命權ノ侵害ヨリ生スル有形無形ノ損害賠償ヲ加害者ニ請求スルコトヲ得ザルヤ明カナリ然レトモ生命權ノ侵害ハ縱シ夫レ自體ニ於テ損害賠償ノ原因タルコトヲ得ストスルモ死者ノ親族カ其固有ノ利害關係ニ基キ損害ノ賠償ヲ請求スルハ毫モ妨ケナシ何トナレハ死者ノ親族ハ生命權侵害ノ結果トシテ其財產的及ヒ非財產的利益ヲ害セラルルコト往往ニシテ是アルヲ以テナリ是レ民法第七一條ニ規定スル所ニシテ同條ノ規定ニ依ルトキハ生命權侵害ノ場合ニ賠償ノ請求權ヲ有スル者ハ被害者ノ尊屬親配偶者及ヒ其子ニ限リ其他ノ親族ハ此恩與ニ浴セズ蓋シ此等ノ者ハ被害者ト最モ親密ノ關係ヲ有スルヲ以テ被害者ノ死亡ニ因リ損害ヲ被ルコトハ自餘ノ親族ト日ヲ同シウシテ論スルコトヲ得ザルヲ以テナリ而シテ賠償ノ目的タル損害ハ有形無形ノ損害ヲ包含シ此等親族ハ先ツ第一ニ被害者ノ死亡ノ爲メニ被リタル財産上ノ損害賠償ヲ要求スルノ權利ヲ有シ被害者ノ生存中被害者ヨリ養料其他ノ名義ヲ以テ給與ヲ受クヘキ金額ノ損害賠償ノ内容ヲ組成スルモノナリ右ノ外此等親族カ被害者ノ死亡ニ因リテ受クタル無形ノ損失即チ最愛ノ近親ヲ喪失シタルヨリ生スル悲哀ノ感情モ亦金錢的賠償ニ依リテ慰籍セラレ得ヘシ蓋シ此等近親ノ悲哀ノ感情ニ對シテモ亦財産上ノ損害ト等シク損害賠償ノ方法ヲ以テ救済ヲ與フルノ必要ナルハ論ヲ竣タサルヲ以テナリ民法第七一條ニ他人ノ生命ヲ害シタル者ハ被害者ノ父母、配偶者及ヒ子ニ對シテハ其財產權ヲ侵害セラレザリシ場合ニ於テモ損害ノ賠償ヲ爲スコトヲ要スルトアルハ即チ此謂ナリ故ニ被害者ニ父母妻子アルトキハ此等ノ者ハ各自獨立シテ損害賠償ノ請求權ヲ行使スルコトヲ得ヘク又賠償請求權ノ發生ニハ加害者カ被害者ノ死亡ニ付キ責任ヲ負フヲ以テ足レリトシ死亡ノ原因ハ謀殺ナルト故殺ナルト毆打致死ナルト過失ナルトヲ區別スルコトナシ

生命權侵害ノ場合ニ於ケル賠償請求者ノ範圍ニ關シテハ立法例區區ニシテ一定セス或ハ之ヲ被害者ノ未亡人及ヒ遺子トシ或ハ之ニ尊屬親ヲ加ヘ或ハ未成年ノ子及ヒ寡婦ト爲セリ我民法ハ諸國ノ立法例ヲ參照シテ之ヲ被害者ノ一親等ノ者及ヒ配偶者ト定メタルモノナリ

### 第三節 不法行為ノ義務者

不法行為ヨリ生シタル損害ヲ賠償スルノ義務アル者ハ其行為ニ因リ現ニ他人ニ損害ヲ加ヘタル者即チ加害者ナリトス何トナレハ加害者ハ現ニ其行為ニ因リ他人ニ損害ヲ加ヘタルモノナレハ其結果ニ對シテ責任ヲ負フハ理ノ當然ヘキ所ナルヲ以テナリ然レトモ加害者ハ常ニ必スシモ損害賠償ノ責ヲ負フモノニアラスシテ時アリテ加害者以外ノ人ニ於テ賠償ノ責任スルコ

トアリ且加害者カ賠償ノ責任ナル場合ト雖モ或ハ單獨ニテ賠償ノ責任ナルコトアリ或ハ他ノ者ト共同シテ賠償ノ責任ナルコトアリ今ヨリ民法ノ規定ニ從ヒ種種ノ場合ヲ區別シテ説明セントス

### 第一款 未成年者心神喪失者カ他人ニ加ヘタル損害

不法行為ハ有責違法ノ行為ナルヲ以テ他人ニ對スル加害行為カ不法行為トナルカ爲メニハ之ヲ爲シタル者ニ責任能力アリテ故意又ハ過失ノ責ムヘキモノアルコトヲ必要トスルコト不法行為ノ性質ヲ論スルニ當リ既ニ一言セル所ナリ故ニ意思能力ヲ缺ク者ハ責任ノ何タルヲ解スルノ能力ナキモノナレハ不法行為ニ因ル賠償義務ノ主體タルコトヲ得ス茲ニ於テ左ノ效果ヲ生ス

第一 未成年者カ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ其行為ノ責任ヲ辨識スルニ足ルヘキ知能ヲ具ヘザリシトキハ其行為ニ付テハ賠償ノ責任セズ

是レ民法第七二條ニ規定スル所ニシテ所謂行為ノ責任ヲ辨識スルニ足ルヘキ知能トハ或ハ辨別心ト云ヒ或ハ意思能力ト稱シ是非善惡ヲ識別スルノ知能ヲ意味ス而シテ此知能タル人ノ生レナカラニシテ具有スルモノニアラスシテ漸ヲ以テ發育シ多少成長シタル後ニアラサレハ成熟セサルハ經驗ノ證明スル所タリ而シテ此識別心ヲ具有セサル者ノ爲シタル意思表示ハ何等ノ效力ヲ生セサルト同時ニ其爲シタル行為モ亦何等民事上ノ責任ヲ惹起スルコトナシトス

ルハ各國法制ノ一致スル所ナリ然レトモ識別心ノ發育ヲ認ムルノ標準ニ至リテハ區區ニシテ一定セス或ハ一定ノ年齢ニ達スルヲ以テ識別心ノ發育ヲ認メ或ハ各個ノ場合ニ於テ實際事實ニ基キ識別心ノ有無ヲ判定スヘキモノトシ或ハ此二者ヲ折衷セリ而シテ年齢ヲ標準トシテ責任能力ノ有無ヲ定ムルノ法制ニ在テモ或ハ之ヲ滿七歳トシ或ハ之ヲ十二歳トシテ刑事上ノ責任能力ト同一ナラシメ或ハ法定ノ年齢以下ハ無責任トシ其以上一定ノ年齢マテハ知能ノ有無ニ依リ責任ノ有無ヲ定ムルモノト爲セリ我民法ハ刑事ニ關シテハ十二歳以下ヲ無責任トシタルモ民事ニ付テハ法定ノ年齢ヲ定メス裁判官ヲシテ加害者ノ知能ノ程度如何ヲ判斷シテ責任ノ有無ヲ定メシムルコトト爲シタリ

加害者カ其加害行為ヨリ生スル責任ヲ負フニハ是非善惡ヲ識別スル能力アルヲ以テ足レリトシ完全ナル行為能力ヲ具有スルコトヲ必要トセス茲ヲ以テ意思能力アル未成年者ノ爲シタル法律行為ハ之ヲ取消スコトヲ得ルニ拘ハラズ不法行為ヲ爲シタル未成年者ハ完全ナル行為能力ヲ具有セザルカ爲メ毫モ其責任ヲ輕減セザルモノニアラスシテ成年者ト等シク損害賠償ノ責任ニ任スルモノトス蓋シ不法行為ヲ爲シタルモノヲシテ責任ヲ負ハシムルハ私權保護ノ爲メニ必要ナルノミナラス加害者カ既ニ責任ノ何タルヤヲ解スルノ能力ヲ有スル以上ハ之ヲシテ其責任ニ任セシムルモ敢テ苛酷ナル結果ヲ生スルコトナキヲ以テナリ

ルヤ否ヲ以テ標準トスヘク各個ノ場合ニ於テ其行為ノ是非善惡ヲ識別シタルヤ否ヲ以テ標準ト爲スヘキモノニアラスシテ而シテ知能ノ發育ハ人ニ依リテ異ナルヲ以テ識別心ノ有無モ亦人ニ依リテ自カラ異ナラサルヲ得サルモ同一人ニ付テ云フトキ知能ノ有無ハ一般のニ之ヲ定ムルコトヲ要シ行為ノ種類若クハ場合ノ如何ニ從ヒテ之ヲ定ムヘキモノニアラス蓋シ各人カ一般のニ識別心ヲ有スル以上ハ偶、或場合ニ於テ此識別心ヲ缺クモ之カ爲メ其責任ニ何等ノ影響ヲ及ボスヘキモノニアラス何トナレハ既ニ識別心ヲ有スルニ拘ハラス自己ノ行為ノ是非ヲ識別セサルハ畢竟其過失ニ歸スヘケレハナリ

## 第二 心神喪失ノ間ニ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ賠償ノ責任セス

是レ第七一四條前段ニ規定スル所ニシテ不法行為ノ有責違法ノ行為タルヨリ生スル結果ナリ何トナレハ知覺精神ヲ有スル者ニシテ始メテ意思能力ヲ具備シ責任ノ何タルヤヲ解スルコトヲ得ヘク知覺精神ナキ者ノ爲シタル行為ハ人ノ意思ニ基カサル動作ニシテ人類以外ノ動物ノ動作トモ異ナル所ナキヲ以テナリ然リト雖モ心神喪失者カ其行為ニ對シテ責任ヲ負ハサルハ要スルニ其行為カ自己ノ故意過失ニ出タルカ爲ニ外ナラス然ルニ其爲シタル加害行為カ假令心神喪失中ノ出来事ナルニモモセヨ其心神喪失ノ狀態カ自己ノ故意過失ニ胚胎シタル者ナル時ハ其行為ニ對シテ責任ヲ負ハサルヘカラス何トナレハ此場合ニ於テハ加害行為ハ結局心神喪失者ノ故意又ハ過失ニ基因スル者トナルヘケレハナリ是レ第七一三條ノ但書ノ規定アル

所以ナリ例ヘハ他人ニ對シテ暴行ヲ爲スノ目的ヲ以テ過度ニ飲酒ヲ爲シ心神喪失ノ狀態ニ陥リテ他人ヲ毆打創傷シタル場合ノ如シ民法第七一二條但書ノ規定ハ加害者カ其故意過失ニ依リ一時心神喪失シタル間ニ爲シタル加害行為ニ適用スヘキモノナルコトハ法文上明白ニシテ一點ノ疑ヲ容レズ隨テ心神喪失ニ付キ加害者カ其責任ニ任セサル場合竝ニ加害者カ心神喪失ノ常態ニ在ル場合ニ於テハ一般ノ原則ヲ適用スルコトヲ要スルコトハ勿論ナリ

## 第三 加害者ニ責任能力ナキ場合ニ之ヲ監督スヘキ法定ノ義務アル者ハ其無能力者カ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スルノ義務アリ

茲ニ所謂無能力者ヲ監督スヘキ法定ノ義務アル者トハ未成年者、禁治產者ヲ監督スルノ義務アル父母後見人ノ類ヲ云フ蓋シ此等監督者ハ無能力者ノ動作ヲ監視シ無能力者カ他人ニ對シテ加害行為ヲ爲スコトヲ防止スヘキ法律上ノ義務ニ服従スルモノナレハ監督者カ故意又ハ過失ニ因リ此義務ヲ等閑ニ付シ其結果無能力者ニ於テ他人ニ損害ヲ與ヘタルトキハ監督者ニ對シテ賠償ノ責任ヲ負ハサルヘカラス何トナレハ此場合ニ於ケル被害者ノ損害ハ結局監督者ノ故意又ハ過失ニ基因スルモノト云ハサルヘカラサルヲ以テナリ然レトモ監督者ハ自己ノ監督スル未成年者其他ノ者ノ一切ノ非行ニ付キ責任ヲ負フモノニ非ス此等監督者ニ責任能力ナキ場合ニ限リ責任ヲ負フニ過キス第七一四條ハ無能力者ニ責任ナキ場合ト規定シ此點ヲ明カニセリ抑、被監督者カ他人ニ損害ヲ與ヘタル場合ニ監督者ニ怠慢アリタルトキハ被監督者カ其

損害ニ付キ責任ヲ負フ否トニ拘ハラス監督者ヲシテ其責任セシムルハ毫モ不可ナキカ如シ然レトモ被監督者カ現ニ意思能力ヲ具ヘ不法行為ノ責任ヲ負フヘキ場合ニ於テハ被監督者ハ能力者ト同一ノ地位ニ在ルモノナレハ少クモ不法行為ヲ防止スルカ爲メノ監督ハ其必要ナキ者ト云フヘク此監督ハ被監督者ニ責任能力ヲ缺ク場合ニ於テ其必要ヲ感スルモノナレハ民法ハ被監督者ニ責任アル場合ハ一般ノ原則ニ從ヒ之ヲシテ賠償ノ義務ヲ負ハシメ監督者ニハ怠慢ノ責ナキモノトシ賠償ノ義務ヲ負ハシメサルモノナリ

監督者ノ責任ハ故意又ハ過失ニ因リ其監督ノ義務ヲ怠リタルニ基因スルコトハ前述ノ如シ之ヲ以テ監督者ニ故意又ハ過失ノ責ムヘキモノナキトキ即チ監督者ハ其義務ヲ怠ラザリシトキハ被害者ニ對シテ損害ヲ賠償スルノ義務ナキヤ明カナリ是レ第七一四條第一項但書ノ規定アル所以ナリ監督者ニ代ハリテ無能力者ヲ監督スル者モ同一ノ理由ニ依リ同一ノ制限條件ニ從ヒ第三者ニ對シテ賠償ノ責ヲ負フ而シテ其監督ノ契約ニ基クト事務管理ニ基クトハ之ヲ問フコトヲ要セス學生生徒ヲ監督スル教師舍監入院患者ヲ監督スル醫師看護人ノ如シ

## 第二款 被用者請負人ノ他人ニ加ヘタル損害

故意過失ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ其損害ヲ賠償スル責アルコトハ民法第七〇九條ニ規定スル所ナリ故ニ甲者ノ故意過失ト乙者ノ被リタル損害トノ間ニ苟モ因果ノ連絡アルニ於テ

ハ甲者ハ賠償ノ義務ヲ負フヘク其損害ハ直接ニ甲者ノ所爲ニ基因スルト若クハ直接ニ第三者ノ有責違法ノ所爲ニ基因シ甲者ノ故意過失ハ其損害ノ間接ノ原因タルニ過キサルトハ之ヲ問フノ必要ナシトス是レ民法第七一五條ノ規定アル所以ニシテ同條ノ規定ヨリ左ノ結果ヲ生ス

第一、或事ノ爲メニ他人ヲ使用スル者又ハ之ニ代リテ事業ヲ監督スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スルノ責ヲ負フ(七一五條一項)

茲ニ所謂被用者中ニハ僕婢園丁車夫馬丁其他雇傭關係ニ因リ他人ノ指揮命令ヲ受ケテ其使役ニ服スル勞務者ヲ包含ス而シテ此等ノ者ハ何レモ皆使用者ノ指揮命令ヲ受ケテ一定ノ事業ニ従事シ使用者ノ手足トナリテ使用者ノ爲メニ動作スルモノニ外ナラサルヲ以テ此等被用者ノ選任並ニ事業ノ執行ニ關スル監督ヲ嚴ニシテ由テ以テ被用者カ事業ノ執行上ニ於テ第三者ニ加フルコトアルヘキ損害ヲ未發ニ防止スルハ使用人當然ノ義務ニ屬スルモノナリ故ニ被用者カ自己ノ使役セラルル事業ノ執行上ニ於テ第三者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ使用者ハ被用者ノ選任監督ヲ怠リタルモノトシテ第三者ニ對シテ賠償ノ責任セサルヘカラス然レトモ被用者カ第三者ニ加ヘタル一切ノ損害ニ付キ責任ヲ負フモノニアラスシテ其責任ハ法文ノ示スカ如ク事業ノ執行ヨリ生シタル損害ニ制限セラルルモノナリ故ニ馬車ノ營業人ハ其雇人カ馬車ヲ疾驅セシメタルコトナシ蓋シ使用者ノ責任ハ自己ノ經營スル事業ニ他人ヲ使用シタルニ基因スルモノナレハ其責任ノ範圍モ亦事業ノ執行ニ關スル事項ニ限定セラルヘキハ當然ナ



ルヲ以テナリ使用者ニ代リテ事業ノ監督ヲ爲ス者ニ對シテモ亦同一ノ理論ヲ適用シテ其責任ヲ定ムルコトヲ要ス

使用人及ヒ監督者ノ責任ハ被用者ノ選任又ハ事業ノ監督上ニ於テ怠慢アリタルコトヲ豫想スルコトハ前述ノ如クナルヲ以テ使用人カ被用者ノ適任及ヒ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シ怠慢過失ノ責ムヘキモノナカリシコトヲ證明シタルトキハ責任ノ由テ生スル基本ノ事實ヲ缺クニ至ルヲ以テ被害者ニ對シテ損害ヲ賠償スルノ義務ナキヤ明カナリ使用者ニ代リテ事業ノ監督ヲ爲スモノカ事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルコトヲ證明シタル場合亦同シ

法人ニ付テハ第四四條ニ法人ハ理事其他ノ代理人カ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スルノ責任ニ付アルヲ以テ法人ノ理事又ハ其他ノ代理人カ其職務ニ關シテ爲シタル加害行為ハ即チ法人其モノノ爲シタル加害行為トシテ法人ニ於テ其實ニ任セサルヘカラス茲ニ在テ法人ノ經營スル事業ノ執行上ニ於テ使用セラレタル者カ他人ニ加ヘタル損害ニ付キ法人カ其實ニ任スルヤ否ヤハ理事其他ノ代理人カ使用者ノ選任及ヒ事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルヤ否ヤニ依リテ定マル換言スレバ使用者ノ選任及ヒ監督ニ關スル理事其他ノ代理人ノ怠慢ハ常ニ法人ノ不利益ニ於テ其效ヲ生スルモノナリ何トナレハ理事其他ノ代理人ハ使用者ノ選任及ヒ監督ヲ誤リ由テ以テ他人ニ損害ヲ加ヘタルハ即チ其業務ノ執行ニ付キ他人ニ損害ヲ加ヘタルモノニ外ナラスシテ民法第四四條ノ場合ニ該當スルヲ以テナリ

使用者、監督者カ被害者ニ對シテ賠償ノ責任スルコトハ被害者ニ對スル被用者本來ノ責任ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ而シテ此場合ニ於テハ賠償義務者ハ各自損害ノ全部ヲ賠償スルノ義務ヲ負フニ止マリ其相互ノ間ニ連帶ノ關係ナシト雖モ被害者カ賠償義務者中ノ或者ヨリ其損害ノ全部賠償ヲ受ケタルトキハ其權利ハ消滅ニ歸スヘキハ論ヲ俟タス且ツ使用者又ハ監督者カ被害者ノ請求ニ依リ損害ノ賠償ヲ爲シタルトキハ轉シテ加害行為ヲ爲シタル被用者ニシテ其償還ヲ請求スルノ權利ヲ有スルモノナリ

第二 注文者ハ請負人カ其仕事ニ付テ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スルノ責任セス

是レ第七一六條前段ニ規定スル所ニシテ請負ノ性質ヨリ生スル結果ナリ何トナレハ請負人ハ獨立シテ請負事業ノ完成ニ從事スルモノニシテ注文者ノ指揮監督ヲ受ケ其手足トナリテ事業ノ執行ヲ爲スモノニ非サルヲ以テナリ然レトモ請負人ノ加害行為カ注文者ハ指圖ニ關スル注文者ノ過失ニ基因スルトキハ即チ注文者カ其過失ニ因リ他人ニ損害ヲ加フヘキ性質ノ注文者ハ指圖ヲ爲シ請負人カ其注文指圖ニ從ヒ動作シ其結果他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ注文者モ亦其損害ニ付キ責ヲ免ルコトヲ得ス何トナレハ其損害ハ結局注文者ノ過失ニ基因スルモノニシテ此二者間ノ因果ノ連絡アルヲ以テナリ是レ第七一六條ノ但書ノ規定アル所以ナリ

### 第三款 土地ノ工作物、竹木ヨリ生スル損害

損害カ直接ニ人ノ行為ヨリ生シタル結果ニアラスシテ無生物タル工作物又ハ竹木ヨリ生シタルモノナルトキハ何人カ其賠償ノ責任スヘキヤノ問題ニ關シテハ民法第七一七條ノ特別規定アリ即チ左ノ如シ

第一 土地ノ工作物ノ設置又ハ保存ニ瑕疵アルニ因リテ他人ニ損害ヲ生シタルトキハ其工作物ノ占有者ハ被害者ニ對シテ損害賠償ノ責任ス

所謂工作物トハ家屋其他ノ建物堤防溝渠地窖等土地ノ上ニ施ス一切ノ建物ヲ意味シ此等工作物ノ設計工事ノ不完全ナルハ所謂設置ノ瑕疵ニシテ工事後ニ於テ其修理ヲ等閑ニ付スルハ保存ノ瑕疵ニ該當ス而シテ工作物ノ占有者ハ現ニ其工作物上ニ支配權ヲ行フモノニシテ工作物ニ補修ヲ加ヘ損害ヲ未然ニ豫防スルコトヲ得ルノ地位ニアルモノナレハ法律ハ占有者ヲシテ先ツ第一ニ工作物ノ瑕疵ヨリ生スル危害ヲ豫防スルノ責任セシメ損害ノ生シタル場合ニ付キ之ヲ賠償スルノ義務ヲ負ハシムルモノナリ然レトモ占有者ハ絕對無限ニ賠償ノ責任ヲ負フモノニアラスシテ法文ノ示ス如ク損害ノ發生ヲ防止スルニ必要ナル注意ヲ爲スノミヲ以テ足リ夫レヨリ以上ニ於テ責任ヲ負フコトナシ故ニ工作物ノ補修ニ付キ他ニ責任者アル場合ニ於テハ損害ヲ豫防スルカ爲メニ必要ナル應急處分ハ占有者自カラ之ヲ爲スコトヲ要スルモ其處分急速ヲ要セサルトキハ責任者ニ對シテ其修補ヲ通知スルヲ以テ足り自ラ之ヲ爲ス義務ナシトス

第二 損害ノ發生ニ付キ工作物ノ占有者ニ責任ナキ場合ニ於テハ工作物ノ所有者其責任ス

工作物ノ所有者ハ常ニ其工作物ヲ完全ナル狀態ニ維持シ其設置保存ノ瑕疵ノ爲メニ損害ノ發生スルコトヲ豫防スルノ義務アリ故ニ工作物ノ所有者カ工作物ノ瑕疵ノ爲メニ生シタル損害ヲ賠償スルハ工作物ノ所有者トシテ負擔スヘキ當然ノ義務ニ屬スルモノナリ唯工作物ノ所有者カ同時ニ其占有者ニアラサルトキハ工作物ノ補修ハ現ニ工作物ヲ占有スル者ニ於テ之ヲ爲スヲ適當トスルヲ以テ工作物ノ占有者ヲシテ第一ニ於テ其責任セシムルニ過キス隨テ占有者ニ責任ナキトキハ一般ノ原則ニ從ヒ所有者ヲシテ其責任セシムルコトヲ要ス是レ第七一七條但書ノ規定アル所以ナリ

第三 竹木ノ栽植又ハ支持ニ瑕疵アル場合ニ於テモ前同ノ原則ヲ適用スヘキモノトス

竹木ノ栽植ノ瑕疵トハ竹木ノ栽植方法其當ヲ得サルコトヲ意味シ竹木ノ支持ノ瑕疵トハ竹木ノ支持ニ不完全ノ點アルヲ云フ蓋シ竹木ノ栽培支持其當ヲ得サルトキハ之カ爲メ其竹木ノ破壞顛倒ヲ惹起シ隣地ニ損害ヲ及ホスコト往往ニシテ之アリ此場合ニ於テモ亦竹木ノ占有者先ツ其責任ニ任シ占有者ニ責任ナキ場合ニ所有者ニ任スルモノトス蓋シ工作物ノ設置保存ニ瑕疵アルニ依リ他人ニ損害ヲ生シタル場合ト同一ノ理由ニ基クモノナリ

第四 前二項ノ場合ニ於テ他ニ損害ノ原因ニ付キ其責任スヘキ者アルトキハ占有者ハ之ニ對シ賠償權ヲ行使スルコトヲ得

是レ第七一七條第三項ニ規定スル所ニシテ前説明セル如ク賠償義務者ハ工作物、竹木ノ占有者又ハ所有者トシテ被害者ニ對シ賠償ノ責ヲ負フニ止マリ其損害ハ結局何人ニ於テ負擔スヘキハ自ラ別問題ニ屬スルヲ以テ他ニ其損害ニ付キ責任ヲ負フ者アルトキハ被害者ニ對シ賠償ヲ爲シタル占有者、所有者ハ更ニ其責任者ニ對シテ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘキハ勿論ナリ例ヘハ竹木工作物ヨリ生シタル損害カ請負人ノ過失ニ基因シタル場合ノ如シ

#### 第四款 動物ニ加ヘタル損害

動物ノ占有者及ヒ之ニ代ハリテ動物ヲ保管スル者モ亦其動物カ他人ニ加ヘタル損害ニ付キ賠償ヲ爲スノ責任ヲ負フシテ占有者及ヒ保管者ノ責任モ亦一般ノ原則ニ從ヒ其過失ヲ豫想スルモノナレハ此等ノ者カ動物ノ種類性質ニ從ヒ相當ノ注意ヲ以テ其保管ヲ爲シタルトキハ何等過失ノ責ムヘキモノナキヲ以テ賠償ノ責任ヲ負ハサルモノトス是レ民法第七一八條ニ規定スル所ナリ但或種類ノ動物ニ付テハ過失ノ有無ニ拘ハラス所有者又ハ占有者ヲシテ賠償ノ責任セシムル法制アルモ我民法ハ過失ナキ占有者ヲシテ賠償ノ責任セシムルハ理論ニ反シ苛酷ナル結果ヲ生スルヲ以テ此場合ニ於テモ亦占有者ニ過失ノ責アルコトヲ必要トシタルナリ

#### 第五款 共同ノ不法行為ヨリ生シタル損害

寄託ハ當事者ノ一方カ相手方ニ物ノ保管ヲ委託シテ其物ヲ相手方ニ引渡シ相手方カ之ヲ承諾スル契約ナリ

今此定義中ニ存スル寄託ノ概念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

##### 第一 寄託ハ契約ナリ

寄託關係ノ成立ニハ當事者ノ一方即チ相手方ニ物ノ保管ヲ委託スル寄託者ト相手方即チ寄託者ノ委託ヲ受ケテ其物ヲ保管スル受寄者トノ間ニ於テ物ノ保管ニ關スル意思ノ合致即チ契約アルコトヲ必要トス而シテ(一)此契約ノ成立ニハ當事者ノ意思表示アルノミヲ以テ足り其意思表示ニ付キ何等特別ノ方式ヲ要セサルヲ以テ所謂要式契約ノ一種ニ屬ス(二)然レトモ此契約ノ成立ニ付テハ當事者間ニ於テ目的物ノ保管ニ關スル意思表示アルノミヲ以テ足レリトセス保管スヘキ目的物ヲ寄託者ヨリ受寄者ニ引渡スコトヲ要シ此引渡アルマテハ契約ハ成立セサルヲ以テ所謂要物契約又ハ實踐契約ト稱スルモノノ一種ニ屬ス是レ寄託カ消費貸借及ヒ使用貸借ト其性質ヲ同シウスル所ニシテ羅馬法以來諸國法制ノ共ニ認ムル所ナリ(三)寄託ハ其性質ニ於テハ無償契約ナルモ當事者力之ヲ以テ有償トシ寄託者ヲシテ受寄者ニ對シテ報酬支拂ノ義務ヲ負擔セシムルコトハ毫モ妨ケナシトス是レ方今多數ノ立法例ニ於テ採用セラルル所ノ主義ニシテ常ニ無償ナルコトヲ必要トセル羅馬法ト異ナル所ナリトス(四)寄託ハ時ト

シテハ片務契約トナリ時トシテハ雙務契約ナル無償寄託ハ前者ニ屬シ有償ノ寄託ハ後者ニ屬ス

## 第二 寄託ハ當事者ノ一方カ物ノ保管ヲ相手方ニ委託シ相手方カ之ヲ受諾スル契約ナリ

寄託ニ在テハ寄託者ヨリ物ノ保管ヲ受寄者ニ委託シ受寄者ニ於テ寄託者ノ爲メニ其物ノ保管ヲ爲スヘキコトヲ約スルコトヲ必要トス是レ寄託ノ特質ニシテ寄託ト他ノ契約トノ間ニ存スル差異ノ點ナリトス

寄託ハ物ノ保管ヲ目的トスルヲ以テ寄託關係ノ成立ニハ債務者ニ於テ保管スヘキ物アルコトヲ必要トシ保管ノ目的タル物ナクシテ寄託關係ノ成立シ得ヘカラサルハ論ヲ俟タサル所ナリ然レトモ寄託關係ノ成立ニ要スル物ハ有體物タルノミヲ以テ足り其物ノ動産タルト不動産タルト金錢其他ノ有價物タルト證書其他ノ書類タルトハ之ヲ問フコトヲ要セス何トナレハ民法ハ概括的ニ「物ノ保管」ト規定シ物ノ種類ヲ限定セサルヲ以テ各種ノ有體物ハ總テ其中ニ包含スルモノト解釋セサルヘカラサルヲ以テナリ

寄託契約ノ内容ヲ組成スル所ノ物ノ保管トハ寄託ノ目的タル物ヲ監督保護スル行爲ヲ爲スコトヲ云フ故ニ受寄者ノ義務ハ寄託者ノ爲メニ目的物ヲ所持シ滅失毀損ニ對シ之ヲ監督保護スルノ一點ニ存スルモノニシテ受託者ヲシテ此義務ヲ負擔セシムルヲ以テ唯一若クハ主要ノ效果ト爲ス所ノ契約ハ寄託契約ヲ組成スルモノナリ之ニ反シテ保管ノ義務カ契約ノ唯一若クハ

主要ノ效果ニアラスシテ其契約ノ内容ヲ組成スル他ノ權利關係ノ結果ナルトキ又ハ其契約ヨリ生スル他ノ主たる義務ニ附隨スルニ過キサルトキハ寄託契約ヲ成立セシムルコトナシ使用貸借、貸貸借ニ於ケル貸借人ノ賃借物保管ノ義務ハ前者ニ屬シ雇傭又ハ請負ノ場合ニ於テ被

傭者、請負人カ雇傭者注文者ニ對シテ負擔スル材料保管ノ義務ハ後者ニ屬ス

## 第三 寄託ハ當事者ノ一方カ相手方ニ物ノ保管ヲ委託シテ其物ヲ引渡シ相手方カ之ヲ承諾スル契約ナリ

寄託契約成立ニハ物ノ寄託ニ關シテ當事者間ニ意思ノ合致アリタルノミヲ以テ足レリトセス常ニ必ス目的物ノ引渡アルコトヲ要シ目的物ノ引渡アルマテハ寄託契約ハ成立セサルモノトス故ニ寄託ハ要物契約ノ一種ニ屬シ此點ニ關シテハ消費貸借使用貸借ト其性質ヲ同シウスルモノナリ

寄託ハ單ニ物ノ保管ヲ目的トシ相手方ニ物ヲ引渡シ或期間ノ後同一物ヲ以テ返還ノ責ニ任セシムルモノナレハ物ノ占有者ニアラサレハ寄託契約ヲ締結スルコトヲ得サルヤ明カナリ然レトモ物ノ寄託者ハ其占有者タルノミヲ以テ足り所有者又ハ其物ヲ占有スヘキ正當ノ權限ヲ有スル者タルコトヲ必要トセス何トナレハ寄託契約ハ受寄者ヲシテ目的物ノ保管並ニ其返還ノ義務ヲ負ハシムルヲ以テ目的トスルモノニシテ其物ノ上ニ行使スル權利ヲ受寄者ニ授與スルモノニアラサルヲ以テ物ノ所持人ハ有效ニ寄託契約ヲ締結スルコトヲ得ヘク寄託者カ其物ノ



所有者又ハ其他ノ權利者ニアラサルコトハ毫モ當事者間ニ於ケル契約ノ效力ヲ妨グルモノニアラサルヲ以テナリ但消費寄託ハ必然的ニ目的物ヲ處分スル權利ヲ受寄者ニ授與スルモノニシテ所有者ニアラサレハ之ヲ承諾スルコトヲ得サルヲ以テ所有者以外ノ人ノ爲シタル消費寄託ハ受寄者ヲシテ返還ノ義務ヲ負擔セシムルノ效力ヲ生セサルコトハ消費貸借ノ場合ト毫モ異ナル所ナシ

## 第二節 寄託ノ效力

寄託ノ效力ヲ論スルニ當リ受寄者ノ義務ト受託者ノ義務トニ區別シテ説明スヘシ

### 第一款 受寄者ノ義務(寄託者ノ權利)

#### 第一 受寄物ヲ保管スル義務

保管ナル語ハ一面ヨリ見ルトキハ保存管理ナル語ヲ節略シタル如キ觀アルモ法律ハ他ノ場合ニ於テ特ニ保存管理ナル語ヲ用ヒ寄託ニ關シテ特ニ保管ナル語ヲ用ヒタルヲ以テ保存管理ト保管トハ文理上同一意義ニ解スルコト能ハサルノミナラス若シ保管カ管理行爲ヲ併合スルモノトスルトキハ受寄者ハ物又ハ權利ノ性質ヲ變更セサル限度ニ於テ物ノ利用改良ヲ目的トスル行爲ヲ爲スノ義務ヲ負フコトナリ從來認メラレタル寄託ノ觀念ニ反シ委任契約ト殆ト擇

フ所ナキニ至ルヲ以テ何レノ點ヨリ見ルモ保管ニ付スルニ管理ノ意義ヲ以テスルハ不可ナリトス而シテ保管ハ最モ普通ノ用語上物ノ所持・監守ヲ意味スルヲ以テ寄託ノ内容ヲ組成スル所保管ノ何タルヤヲ定ムルニ付テモ亦普通ノ意義ニ從ヒ目的物ヲ自己ノ所持内ニ置キテ之ヲ監督・保護スルノ所爲ナリト解スルヲ相當ナリト信ス隨テ寄託契約ニ因リテ受寄者ノ負擔スル保管ノ義務ハ(第一)寄託者ノ爲メニ受寄物ヲ其所持内ニ置クコト(第二)受寄物ヲ監督シ占有ノ喪失並ニ其有形的滅失毀損ニ對シテ之ヲ保護スルコト即チ寄託者ニ代ハリテ受寄物ヲ占有シ其保存ニ必要ナル行爲ヲ爲スノ點ニ存スルモノトス故ニ受寄者ハ寄託契約ヨリ生スル義務トシテ目的物ヲ自己ノ所持内ニ置キ其完全ナル狀態ヲ維持スルコトヲ要スルト同時ニ此狀態ヲ維持スルノミヲ以テ足リ其利用改良ヲ目的トスル行爲ヲ爲スカ如キハ寄託契約ノ範圍外ニ屬スルヲ以テ受寄者ハ之ヲ爲スノ義務ナク又之ヲ爲スハ却テ其義務ニ違背スルコトトナルヘシ予ハ今ヨリ受寄者ノ保管義務ヲ論スルニ當リ保管ニ付キ用ユヘキ注意・保管ノ方法・保管ノ場所・目的物ノ使用ニ區別シテ説明スヘシ

(甲) 保管ニ付キ用ユヘキ注意 受寄者ハ寄託者ヨリ物ノ引渡ヲ受ケテ之ヲ占有スルモノニシテ寄託者ニ對シテ返還ノ義務ヲ負擔スルモノナレハ當事者間ノ權利關係ハ民法第四〇〇條ニ所謂特定物ノ引渡ヲ目的トスル債務關係ニ該當ス故ニ債務者タル受託者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ目的物ヲ保管スルノ義務アルモノトス而シテ民法第四〇〇條ノ原則ハ寄

託カ有價ニシテ受寄者モ亦目的物ノ保管ニ付キ利害關係ヲ有シ其責任重キ場合ニハ全然適用セラルヘキハ勿論ナリ然レトモ寄託カ無償ニシテ受寄者カ寄託者ノ爲メノミニ受寄物ヲ保管シ其固有ノ利害關係ヲ有セサル場合ニ之ニ負ハシムルニ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲スノ責任ヲ以テスルハ苛酷ニ失スルヲ以テ法律ハ其責任ヲ輕減シ單ニ自己ノ財産ニ於ケルト同ノ注意ヲ爲スノ責ノミニ任スヘキモノト爲セリ故ニ此場合ニ於ケル受寄者ノ責任ハ其日常ノ性行如何ニ依リテ定マルヘキモノニシテ自己ノ財産ヲ管理スルニ付キ注意ノ周到ナラサル受寄者ハ受寄物ノ保管ニ付キ善良ナル管理者ノ注意ヲ怠ルモ寄託者ニ對シテ過失ノ責ニ任セサルノ結果ヲ生スヘシ然レトモ受寄者カ極メテ注意深キ人ニシテ自己ノ財産ニ付キテ用ユル注意カ善良ナル管理者ノ注意ヲ超越スルコトアルモ受寄者ハ受寄物ノ保管ニ付テハ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲スヲ以テ足り其レヨリ以上ノ注意ヲ爲スノ義務ナシ何トナレハ民法第六五九條ハ受寄者ノ責任ヲ輕減スルヲ以テ目的トスルモノナレハ之ヲシテ普通ノ場合ヨリモ重キ責任ヲ負ハシムルハ同條ノ規定ヲ設ケタル所以ノ趣旨ニ反スルヲ以テナリ

受寄者ハ目的物ノ保管ニ付キ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲スノ義務ヲ負フヲ以テ本人カ目的物ニ關スル權利ヲ喪失スルノ危險アルトキハ之ヲ未然ニ豫防スルノ義務アリ故ニ第三者カ目的物上ニ權利ヲ主張シ受寄者ニ對シテ訴ヲ提起シ又ハ差押ヲ爲シタルトキハ受寄者ハ遲

滯ナク其實ヲ寄託者ニ通知スルコトヲ要ス蓋シ第三者カ訴ヲ提起シ又ハ差押ヲ爲シタル場合ニ之ヲ等閑ニ付スルニ於テハ寄託者ノ失權ヲ來タスコト往往ニシテ是レアルヲ以テ其實事ハ速カニ之ヲ寄託者ニ通知シ豫防手段ヲ施スコトヲ得セシムルノ必要アルヲ以テナリ

(乙) 保管ノ方法 保管方法ニ付キ當事者間ニ特約アルトキハ受寄者ハ其特約ニ定ムル方法ニ從ヒ目的物ヲ保管スルコトヲ要ス當事者間ニ別段ノ意思表示ナキトキハ受寄者ハ目的物ノ性質ニ適シタル保管方法ヲ採用スルコトヲ得ヘク其方法ノ何タルヤハ之ヲ問フコトヲ要セス要スルニ保管方法ノ可否得失ハ其方法タル取引上善良ナル管理者カ物ノ保管ニ付キ探ル所ノ方法トシテ之ヲ是認スルコトヲ得ルヤ否ヤニ依リテ定マルモノトス而シテ受寄者カ特約ニ定ムル方法ヲ變シ又ハ其採用シタル保管ノ方法其當ヲ得サルカ爲メ寄託者ニ損害ヲ

被ラシメタルトキハ其損害ヲ賠償スルノ責アリ

寄託ハ委任ト等シク受寄者ニ對スル信用ヲ基礎トシ寄託者ハ受寄者其人ノ一身ニ著眼シテ目的物ノ保管ヲ委託スルモノナレハ受寄者ハ寄託ノ本旨ニ從ヒ自身ノ目的物保管ノ行爲ヲ爲スコトヲ要シ第三者ヲシテ代ハリテ之ヲ爲サシムルコトヲ得然レトモ受寄者ノ何人タルヤハ専ラ寄託者ノ利害ニ關スル問題ニシテ公益ト何等ノ關係ヲ有セサルヲ以テ寄託者ハ特約ヲ以テ受寄者以外ノ人ヲシテ代ハリテ保管ヲ爲サシムルノ權能ヲ受寄者ニ許與スルコトヲ得ヘク此場合ニ於テハ受寄者ハ第三者ヲシテ代ハリテ目的物ノ保管ヲ爲サシムルコト

ヲ得但受託者カ第三者ヲシテ保管ノ責ニ任セシムル場合ニ於テハ受寄者ト第三者トノ間ニ於テ更ニ別異ナル寄託契約ノ成立ヲ見ルニ至ルヘク寄託者ト第三者トノ間ニ於テ直接ナル權利義務ノ關係ヲ生スルコトナシ然トモ目的物ノ保管ハ寄託者ノ爲メニ爲スモノニシテ受寄者ハ目的物ノ保管ニ付キ直接ノ權利關係ヲ有セサルヲ以テ民法ハ實際ノ便宜上第三者ハ寄託者ニ對シ受寄者トシテ目的物ノ保管ノ責ニ任シ直接ニ權利ヲ有シ義務ヲ負擔スルモノトシ民法第一〇七條ノ規定ヲ此場合ニ準用シタリ又第三者ノ行爲ニ付テハ受寄者ハ自己ノ行爲ニ於ケルト同一ノ制限條件ニ從ヒ其責ニ任スルハ一般ノ原則ナルモ民法ハ此點ニ付テモ亦民法第一〇五條ノ規定ヲ準用スルコトト爲セリ茲ニ於テ目的物ノ保管ニ付キ代人ヲ立ツルコトヲ許サレタル受寄者カ自カラ其代人ヲ選出シタルトキハ受寄者ハ其選任及ヒ監督ニ付キ本人ニ對シテ其責ニ任シ又寄託者ノ指名ニ從ヒ代人ヲ選任シタルトキハ其不適任又ハ不誠實ナルコトヲ知リテ之ヲ本人ニ通知シ又ハ之ヲ解任スルコトヲ怠リタルニアラサレハ其責ニ任セサルモノトス蓋シ寄託ハ委任ト其根本的ノ觀念ヲ同シウスルヲ以テ委任代理人カ複代理人ヲ選任シタル場合ニ於ケル本人ト代理人トノ關係及ヒ本人ト複代理人トノ關係ヲ定メタル民法總則第一〇五條、第一〇七條ヲ寄託ノ場合ニ準用シ同一ノ原則ニ服從セシムルコトト爲シタルモノナリ

(丙) 寄託物ノ使用 受託者ハ寄託契約ヨリ生スル效力ヲ自己ノ利益ノ爲メニ受寄物ヲ

使用スルコトヲ得、何トナレハ寄託ハ受寄者ヲシテ目的物ヲ自己ノ所持内ニ置キテカ保  
存行爲ヲ爲サシムルヲ以テ唯一ノ目的ト爲スモノナレハ受寄者ハ目的物ノ使用力ヲ其保存  
ノ爲メニ必要ナル場合ハ格別其物ヲ使用シテ自己ノ利益ヲ有セサルコトハ寄託ノ性  
質上明白ナルヲ以テナリ但受寄者カ寄託者ノ承諾ヲ得テ目的物ヲ使用スルハ妨ケナク寄託  
者ノ承諾アルトキハ或ハ受寄者ニ於テ現物ノ儘受寄物ヲ使用スルコトヲ得ヘク或ハ目的物  
カ代替物ナルトキハ消費貸借ニ於ケルカ如ク同種同量ノ物ヲ返還スルノ義務ヲ負擔シテ寄  
託物ヲ處分スルコトヲ得ヘシ

(丁) 保管ノ場所 保管ノ場所ニ付キ契約アルトキ、即チ當事者ハ保管ノ場所ヲ明示又ハ默示  
シタルトキハ受寄者ハ其場所ニ於テ目的物ノ保管ヲ爲スヘキモノトス但不動產ハ一定不變  
ノ所在ヲ有シ之ヲ轉置スルコト能ハサルヲ以テ受寄者ハ其所在ニ付キ常ニ之カ保管ヲ爲サ  
サルヘカラサルハ勿論ナリ又保管ノ場所カ契約ニ因リテ定マレル場合ト雖モ、正當ノ理由  
アルトキハ受寄者ニ於テ之ヲ轉置スルコトヲ得第六四條但書ハ即チ此場合ヲ豫想シタルモ  
ハナリ例ヘハ當事者カ寄託物ヲ存置スヘキ特定ノ倉庫ヲ指示シタル場合ニ其倉庫カ火災ノ  
爲メニ燒失シタルトキハ受寄者ハ之ヲ他ノ倉庫ニ轉置スルコトヲ得ルカ如キ當事者カ保管  
ノ場所ニ付キ何等特別ノ意思ヲ表示セザリシ場合ニ寄託ノ目的物カ動產ナルトキハ受寄者  
ハ苟クモ善良ナル管理者トシテ自己ノ實力範圍内ニ置キ且其存在ニ必要ナル設備ヲ爲スニ

於テハ受寄者トシテノ義務ヲ完全ニ履行シタルモノニシテ保管ノ場所ノ何レナルヤハ之ヲ問フノ必要ナキモノトス

### 第二 金銭物品ノ引渡及ヒ權利移轉ノ義務

受寄者カ受寄物ヲ保管スルニ當リ金銭物品ヲ受取リタルトキハ之ヲ寄託者ニ引渡スノ義務アリ又受寄者カ寄託者ノ爲メニ自己ノ名ヲ以テ取得シタル權利ハ之ヲ委託者ニ移轉スルコトヲ要ス例ヘハ寄託ノ金品ヲ他人ニ貸與シテ其利息ヲ受取リタル場合ニ之ヲ寄託者ニ交付シ又ハ自己ノ名ヲ以テ金品ヲ貸與シ債權ヲ取得シタル場合ニ之ヲ寄託者ニ移轉スルノ手續ヲ爲スカ如シ

### 第三 利息ノ支拂及ヒ損害賠償ノ義務

受寄者カ寄託者ニ引渡スヘキ金額又ハ其利益ノ爲メニ用ユヘキ金額ヲ費消シタルトキハ其費消シタル日以後ノ利息ヲ拂フコトヲ要スルハ勿論尙ホ損害アルトキハ其賠償ノ責任スルコト委任ノ場合ニ同シ

### 第四 受寄物返還ノ義務

受寄者ハ物ノ占有者タル寄託者ヨリ目的物ノ保管ヲ委託セラレ其引渡ヲ受ケテ目的物ヲ占有スルモノニシテ他日返還ヲ爲スヘキコトノ約束ノ下ニ一時目的物ヲ占有スルモノニ過キササルヲ以テ受寄物返還ノ義務ハ寄託契約ヨリ生スル當然ノ效果ナリ予ハ以下寄託者ノ此義務ニ付

キ説明ヲ爲スニ當リ返還ノ目的物、返還ノ場所、返還ノ時期ニ區別スヘシ

(甲) 返還ノ目的物 受寄者ハ保管ノ爲メ寄託者ヨリ受取リタル物ヲ其儘寄託者ニ返還スルコトヲ要シ他物ヲ引渡シテ其義務ヲ免脱スルコトヲ得ス何トナレハ委託ノ目的物ハ特定物ナルヲ以テ之カ返還ノ義務ヲ負フ所ノ受寄者ハ其物ノ引渡ニ因リテノミ其義務ヲ履行シ得ヘケレハナリ但消費寄託ノ場合ニ於テハ受寄者ハ其種類品質數量ニ於テ引渡ヲ受ケタル物ニ適合スル物ヲ寄託者ニ返還スルヲ以テ足レリトス

(乙) 返還ノ場所 受寄物返還ノ場所ニ付キ當事者間ニ特約ナキトキハ受寄者ハ保管ノ場所ニ於テ受寄物ヲ寄託者ニ返還スヘキモノトス是レ民法第四八四條ノ原則ニ對スル例外ニシテ當事者ノ意思ノ推測ニ基クモノナリ此點ニ付テハ羅馬法ヲ初メトシテ各國ノ法制其按ラ一ニシ我民法ハ第六四四條前段ニ於テ特ニ之カ規定ヲ設クル所ナリ故ニ寄託物カ不動産ナルトキハ其所在ニ於テ之カ授受ヲ爲スヘク動産ナル場合ニ保管ノ場所カ債務者ノ住所ナルトキハ債權者ハ其住所ニ到リ目的物ノ返還ヲ受クヘク其他ノ場所ナルトキハ當事者雙方其場所ニ到リテ之カ授受ヲ爲スヘキモノトス故ニ受寄者カ保管ノ場所以外ニ目的物ヲ轉置シタルトキハ更ニ保管ノ場所ニ持テ行キ之ヲ債權者ニ引渡スノ義務アルカ明カナリ然レトモ受寄者カ正當ノ理由ニ基キ目的物ヲ他ニ轉置シタル場合ニ保管ヲ爲スヘキ場所ニ於テ目的物ノ引渡ヲ爲スノ義務ヲ受寄者ニ負擔セシムルニ於テハ受寄者ニ對シテ苛酷ナル結果ヲ生



スルニ至ルヘク然ラサルモ保管スヘキ場所ニ於テ返還ヲ爲スコトノ不能ナル場合往往ニシテ之アルヘキヲ以テ民法ハ此場合ニ於テハ受寄者ハ轉置ニ依リテ目的物ノ現在スル場所ニ於テ返還ヲ爲スコトヲ得ヘキモノト爲セリ是レ第六六四條但書ニ規定スル所ナリ

當事者カ保管ノ場所ヲ定メサリシトキハ一般ノ原則ニ戻リ契約成立ノ當時其物ノ存在セル場所ニ於テ返還ヲ爲スヘキモノトス

(丙) 返還ノ時期 當事者カ返還ノ時期ヲ定メタルトキト雖モ寄託者ハ何時ニテモ其返還ヲ請求スルコトヲ得是レ民法第六六二條ニ規定スル所ニシテ寄託契約ノ本質ヨリ生ズル結果ナリ何トナレハ寄託ハ受寄者ヲシテ寄託者ノ爲メニ物ヲ保管スルノ義務ヲ負ハシムルヲ以テ唯一ノ目的ト爲スモノニシテ受寄者ハ寄託者ノ爲メニ保管ヲ爲スモノニ外ナラサルヲ以テ其利益ヲ享有スヘキ寄託者カ最早保管ノ必要ナシトシテ其返還ヲ要求スル以上ハ受寄者ハ其要求ニ應ジ目的物ヲ寄託者ニ返還スルコトヲ要シ強テ目的物ヲ抑留シテ寄託者ノ要求ヲ拒ムヘキ理由ナキヲ以テナリ但寄託ニ付キ報酬ノ定メアル場合ニ寄託者カ返還ノ時期ニ先チ寄託物ノ返還ヲ要求シタルトキハ受寄者ハ民法第六四一條第三項ニ從ヒ其既ニ爲シタル履行ノ割合ニ應ジテ報酬ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(六五六條)

當事者カ寄託物返還ノ時期ヲ定メサリシトキハ受寄者ハ何時ニテモ其返還ヲ爲スコトヲ得何トナレハ此場合ニ於テハ受寄者ハ保管ヲ爲スヘキ時期ニ付キ毫モ遲延ヲ受ケサルヲ以テ

何時ニテモ目的物ヲ返還シテ其義務ヲ免脱スルノ完全ナル自由ヲ享有セサルヘカラサルヲ以テナリ之ニ反シテ返還時期ノ定アルトキハ此時期ハ即チ寄託者ノ利益ノ爲メニ設ケラルルモノナレハ受寄者ハ其期限内ハ保管ノ義務ヲ負擔シ期限前ニ返還ヲ爲スコトヲ得然レトモ寄託ハ當事者雙方ノ信用ニ基クモノナレハ一旦返還時期ヲ定メタル以上ハ受寄者ハ如何ナル事由アルモ之ヲ返還スルコトヲ得サルモノト爲ストキハ當事者ノ意思ニ反スルノミナラス受寄者ニ對シ苛酷ナル結果ヲ生ズルニ至ルヘシ故ニ民法ハ已ムコトヲ得サル事由アル場合ニ限り受寄者ヲシテ目的物ヲ返還シテ其義務ヲ免ルルコトヲ得セシム是レ第六六三條第二項ニ規定スル所ナリ例ヘハ寄託者カ疾病ニ罹リ又ハ公用ノ爲メ遠國ニ旅行シ又ハ兵役ニ從事スルカ爲メ目的物ノ保管ニ付キ著シキ困難ヲ生シタル場合ノ如シ

## 第二款 寄託者ノ義務(受託者ノ權利)

寄託者ハ寄託契約ヨリ生ズル當然ノ結果トシテ何等ノ義務ヲ負擔セス唯特約アル場合ニ報酬ヲ支拂フノ義務ヲ負擔シ且寄託ヨリ生シタル結果トシテ寄託者ノ受ケタル損害ヲ賠償スル義務ヲ負フ今其義務ノ最も重要ナルモノヲ指摘スルトキハ左ノ如シ

### 第一 報酬支拂ノ義務

寄託ハ其性質ニ於テ無償ナルコトハ委任ト異ナル所ナキヲ以テ受寄者ハ當事者間ニ明示又ハ

默示ノ特約アル場合ニアラサレハ寄託者ニ對シテ報酬ヲ請求スルノ權利ヲ有セサルモノトス又受寄者カ報酬ヲ受クヘキ場合ニ於テモ保管行爲終了後ニアラサレハ報酬ヲ受取ルコトヲ得ス但報酬ノ支拂ニ付キ期間ノ定メアルトキハ其期間經過後之ヲ請求スルコトヲ得ヘシ又寄託カ受寄者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ半途ニテ終了シタルトキハ受寄者ハ既ニ爲シタル履行ノ割合ニ應ジテ報酬ヲ請求スルコトヲ得

## 第二 費用前拂ノ義務

保管ハ寄託者ノ利益ノ爲メニ爲スモノナレハ之ニ要スル費用ハ寄託者ノ負擔ニ歸シ且ツ其費用ハ豫メ之ヲ寄託者ニ支拂ヒ受寄者ヲシテ物ノ保管ニ必要ナル行爲ヲ爲スコトヲ得セシムルコトヲ要スルハ委任ノ場合ト毫モ異ナル所ナシ是レ民法第六六五條ニ於テ第六四九條ノ規定ヲ寄託ニ準用シタル所以ナリ

## 第三 費用償還ノ義務

寄託物ノ保管ニ必要ナル費用ハ受寄者ノ負擔ニ屬スルヲ以テ受寄者カ其費用ヲ立替支辨シタルトキハ寄託者ハ其費用ヲ受寄者ニ償還スルコトヲ要スルハ勿論其費用支出以後ニ於ケル利息ヲモ償還スルコトヲ要ス又受寄者カ目的物ノ保管ニ必要ト認ムヘキ債務ヲ負擔シタルトキ例ヘハ受寄者カ其權限内ニ於テ目的物ヲ倉庫業者ノ保管ニ付シ倉敷料ヲ支拂フノ義務ヲ負擔シタルカ如キ場合ニ於テハ寄託者ヲシテ自己ニ代リ辨濟ヲ爲サシメ又其債務カ辨濟期ニア

ラサルトキハ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得此點モ亦委任ニ關スル第六五〇條ノ規定ヲ寄託ニ準用シタル結果ナリトス

## 第四 損害賠償ノ義務

受寄者ハ寄託者ノ委任ヲ受ケテ目的物ヲ保管スルモノナレハ受寄者カ受寄物ノ爲メニ受ケタル損失ニシテ其過失ニ因リテ自カラ之ヲ招キタルニアラサル以上ハ寄託者ニ於テ之ヲ賠償シ受寄者ヲシテ損害ヲ被ラシメサルコトヲ要スルハ寄託契約ノ性質ヨリ生スル結果ナリ是レ第六六一條ノ規定アル所以ニシテ同條ノ規定ニ依ルトキハ寄託者ハ寄託物ノ性質又ハ瑕疵ヨリ生シタル損害ヲ受寄者ニ賠償スルノ義務アリ例ヘハ目的物カ爆發性燃焼性ヲ有シ又ハ腐敗ニ傾キタル場合ニ之ヲ告ケスシテ受寄者ニ保管ヲ託シ受寄者ノ身體財産ニ損害ヲ及ホシタルトキハ寄託者ハ其損害ヲ賠償セサルヘカラス然レトモ同條但書ハ此原則ニ對スル例外ヲ設ケタル即チ左ノ如シ

(甲) 寄託者カ過失ナクシテ其性質又ハ瑕疵ヲ知ラザリシトキ 蓋シ寄託者カ過失ナクシテ物ノ性質瑕疵ヲ知ラスシテ之ヲ受寄者ニ寄託シタル場合ニ寄託者ヲシテ其責ニ任セシムルハ苛酷ニ失スルヲ以テナリ然レトモ此場合ニ於ケル受寄者ノ損害ハ寄託ニ基因スルヲ以テ寄託者ヲシテ其責ニ任セシムルハ條理上當然ニシテ委任ノ場合ト法理ヲ異ニスヘキ理由ナキノミナラス寄託者ノ保護厚キニ失シ受寄者ニ對シテ不公平ナル結果ヲ生スルヲ以テ此點

ニ關スル民法ノ規定ハ其當ヲ失スルモノト云ハサルヲ得ス

(乙) 受寄者カ之ヲ知リタルトキ 寄託者カ既ニ目的物ノ性質ヲ知悉シテカ寄託ヲ承諾シタル以上ハ損害ヲ未然ニ豫防スルノ手段ヲ講スルコトヲ得ヘク之ヲ爲サザリシハ結局其過失ニ外ナラサルヲ以テ其結果ハ自カラ之ヲ甘受スルコトヲ要シ寄託者ヲシテ其實ニ任セシムヘキニアラサルヲ以テナリ

### 第三節 寄託ノ終了

寄託ハ存續期間ノ定アル場合ニハ其満了ニ因リテ終了シ其他ノ場合ニ於テハ受寄物ノ返還又ハ其返還ノ請求ニ因リテ終了シ其他目的物ノ滅失、解除條件ノ成就、不履行ニ當リ解除權ノ行使モ亦寄託終了ノ原因トナル然レトモ當事者ノ死亡、破産、禁治産ハ寄託關係ヲ終了セシムルコトナシ蓋シ寄託ハ物ノ保管ヲ目的トシ當事者間ノ權利關係ハ頗ル簡單ナルヲ以テ普通委任ノ場合ニ於ケルカ如ク之ヲ當事者ニ專屬セシムルノ必要ナキヲ以テナリ

### 第四節 消費寄託

寄託ノ目的物カ代替物ニシテ受寄者カ之ヲ費消シタル上更ニ同種ノ物ヲ以テ返還ヲ爲スコトヲ許サレタル場合ニ於ケル當事者間ノ權利關係ハ消費貸借トモ異ナル所ナキヲ以テ民法ハ消費

貸借ニ關スル規定ヲ之ニ準用スルコトト爲セリ

消費寄託ハ消費貸借ナルヤ寄託ナルヤニ付テハ立法例區區ニシテ一定セスト雖モ獨逸民法ハ之ヲ以テ消費貸借トシ返還ノ時期ト場所ニ付キ疑アルトキハ寄託契約ニ關スル規定ヲ適用スヘキモノト爲セリ蓋シ獨逸民法ハ寄託契約ノ成立ニハ受寄者ニ於テ同一物ヲ返還スルノ義務ヲ負フコトヲ必要ト爲シタルカ爲メナリ我民法ハ契約カ物又ハ價格ノ保管ヲ目的トスルヤ若クハ其使用費用ヲ目的トスルヤヲ以テ區別ノ標準ト爲シタルヲ以テ其根源ニ於テ寄託者ノ爲メニ物又ハ其價格ノ保存ヲ目的トスル所ノ寄託ハ受寄者ニ其使用費消ヲ許シタルカ爲メ消費貸借ニ變スルコトナシ

消費寄託ニ關シテハ消費貸借ノ規定ヲ準用スルモ消費寄託ト消費貸借ノ差異ハ一ハ寄託者ノ爲メニシ他ハ借主ノ爲メニスルノ一點ニ存スルコトハ既ニ說明セル所ノ如シ故ニ其返還時期ノ定アル場合ハ格別其定ナキトキハ寄託者ニ於テ何時ニテモ其返還ヲ要求スルコトヲ得ヘク受寄者ノ爲メニ相當ノ猶豫期間ヲ存スルコトヲ要セサルモノト爲セリ是レ第六六六條ニ規定スル所ナリ

## 第十二章 組合

### 第一節 組合ノ性質

民法第六六七條ニ曰ク組合ハ各當事者カ出資ヲ爲シテ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ズト故ニ我民法ニ依ルトキハ組合ハ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ

組合ハ各當事者カ出資ヲ爲シテ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ約スル契約ナリ

今此定義中ニ存スル組合ノ概念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

### 第一 組合ハ契約ナリ

組合ハ數人間ノ權利關係ニシテ此關係ヲ生スルニハ當事者即チ組合員間ニ於テ各自ニ出資ヲ爲シテ共同ノ事業ヲ營ムコトニ付テ意思ノ合致即チ契約アルコトヲ必用トス而シテ(一)組合契約ニハ當事者間ノ意思表示アルノミヲ以テ足レリトシ其意思表示ノ形式如何ハ之ヲ問ハサルヲ以テ所謂不要式契約ナリ(二)組合契約ノ成立ニハ當事者各自ニ於テ物ノ引渡ヲ爲シ其他豫メ現實ニ給付ヲ爲スコトヲ要セサルヲ以テ諸成契約ノ一種ニ屬ス(三)組合契約ノ當事者ハ各自ニ出資ヲ爲スコトヲ要スルヲ以テ有償契約ナリ(四)組合契約ハ當事者各自ヲシテ相互ニ出資ノ義務ヲ負擔セシムルヲ以テ雙務契約ナリ

### 第二 組合契約ハ各當事者カ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ約スル契約ナリ

組合契約ノ成立ニハ數名ノ當事者ニ於テ共同ノ目的ヲ有シ此目的ヲ遂行スルカ爲メ共同シテ事業ヲ經營ヲ爲スコトニ付キテ意思ノ合致アルコトヲ必要トス是レ組合契約ノ性質ニシテ他ノ契約ト組合契約トノ間ニ存スル差別ノ點ナリトス

組合契約ノ成立ニ要スル組合員共同ノ目的ノ爲メニ事業ノ經營ニ付テハ我民法中特別ノ規定ナキヲ以テ或法制ニ於ケルカ如ク其範圍ヲ營利ノ事業若クハ少クモ財產事業ニ限定スヘキモノニアラス學藝美術宗教教育慈善其他純然タル精神上理想上ノ目的ヲ遂行スルカ爲メノ事業モ亦有效ニ組合契約ノ目的タルコトヲ得ヘク要ハ其目的ノ適法ニシテ可能ナルニ在リ

### 第三 組合契約ハ各當事者カ出資ヲ爲シテ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ約スル契約ナリ

組合契約ハ組合員共同ノ事業ヲ遂行スルヲ以テ唯一ノ目的トスルヲ以テ組合員ハ契約ノ本旨ニ從ヒ事業ノ成效ニ盡力スルノ義務ヲ負擔ス隨テ共同事業ノ成就ニ要スル資本ハ組合員ニ於テ之ヲ供スルコトヲ要シ組合員ニ於テ出資ノ義務ヲ負擔スルコトモ亦組合契約成立ノ要件タリ所謂出資トハ事業ノ經營ニ要スル金錢其他ノ有價物ノ給付ヲ意味シ民法第六六七條ハ勞務モ亦出資ノ目的タルコトヲ得ヘキモノトセリ

組合員ハ各自他ノ組合員ニ對シテ資本嚮出ノ義務ヲ負擔スルト同時ニ嚮出セラレタル資本ハ組合員全體ヲ利スヘキ性質ノモノタルコトヲ要ス故ニ組合員ノ供シタル資本カ單ニ組合員中ノ一人若クハ數ハヲ利スヘキモノナルトキハ組合契約ハ成立セサルモノトス反對ニ於テ組合員ノ爲シタル出資カ總組合員ヲ利スルモ其出資ハ組合員中ノ或者ニ於テ負擔シ他ノ者ニ於テ之ヲ負擔セサル場合ニ於テモ亦組合契約ハ成立シ得ヘカラサルモノニシテ組合員各自一定



ノ金額ヲ支出シ其金額ヲ以テ共同ノ利益ノ爲メニ事業ノ資ニ供シ各自出資ノ利益ヲ享受スルコトヲ得ル場合ニ於テ始メテ組合契約ノ成立ヲ見ルニ至ルヘシ

## 第二節 組合契約ノ效力

組合契約ハ組合員相互ノ間及ヒ組合ト第三者トノ間ニ於テ頗ル複雑ナル關係ヲ生スルヲ以テ予ハ以下組合員ノ出資、組合ノ業務ノ執行、組合事業ノ検査、損益ノ分配及ヒ組合財産ニ區別シテ説明スヘシ

### 第一款 組合員ノ出資

各組合員ハ組合契約ニ因リ共同事業ノ經營ニ必要ナル出資ヲ爲スノ義務ヲ負擔スルコトハ既に説明セル所ノ如シ予ハ此點ニ付キ出資ノ性質、及ヒ出資義務ノ履行ニ區別シテ説明スヘシ

(甲) 出資ノ性質 所謂出資ヲ爲ストハ資本ヲ嚙出スルコトヲ意味シ資本ト財産トハ之ヲ同意義ニ解スルコトヲ得ヘキヲ以テ各種ノ財産ハ其何タルヲ論セス總テ出資ノ目的タルコトヲ得ヘシ故ニ最も普通ニ出資ニ充ツル金錢其他ノ有價物ハ勿論不動産ノ使用收益ヲ爲スノ權利版權特許權債權等モ亦有效ニ組合員ノ出資ヲ形成スルコトヲ得ヘシ但組合員ノ供スル勞務ハ適當ニ財産ト稱スヘカラサルヲ以テ出資ノ目的タルコトヲ得ルヤ否ヤニ付キ疑ヲ生スヘキ

ヲ以テ民法ハ特ニ規定ヲ設ケ組合事業ノ爲メニ組合員ノ供スル勞務モ亦之ヲ以テ出資ト爲スコトヲ得ヘキモノトセリ例ハ組合員ノ或者カ組合ノ爲メニ器物器械ノ製造ニ從事シ物品ノ購買會計其他ノ事務ヲ司掌スルカ如シ蓋シ組合員カ自己ノ所有物ヲ組合ノ使用ニ供シテ之ヲ出資ニ充ヅルコトヲ得ル以上ハ自己ノ勞力ヲ組合ノ使用ニ供シテ出資ニ充ヅルコトヲ得

シトスルハ固ヨリ正當ニシテ其間ニ區別ヲ設クヘキノ理由ナケレハナリ

(乙) 出資義務ノ履行 組合事業ノ爲メニスル出資ハ組合員相互ノ權利タルト同時ニ其相互ノ義務ニ屬スルヲ以テ組合員ハ各他ノ組合員ニ對シテ出資ヲ要求スルコトヲ得ルト同時に他ノ組合員ノ要求ニ應ジテ出資ヲ爲スノ義務ヲ履行セサルヘカラス而シテ出資義務ノ履行ニ關シテハ左ノ原則ニ從フヘキモノトス

(一) 出資ハ組合總員ノ利益ノ爲メニ爲スヘキモノトス

各組合員ハ他ノ組合員ニ對シテ出資ヲ要求スルノ權利ヲ有スルヲ以テ組合員中ノ或者ヨリ請求ヲ受ケタル組合員ハ其請求ニ對シ出資ヲ爲スノ義務アルハ論ヲ俟タサルモ其出資ハ組合總員ノ爲メニ爲スモノニシテ請求者一己ノ爲メニ爲スモノニアラス故ニ其現ニ爲シタル出資ハ當然總組合員ノ利益ヘキモノトス隨テ(イ)各組合員ハ他ノ組合員ノ請求ヲ受ケタル場合ニ其組合員ニ對シテ出資ヲ組成スル給付ヲ爲スヘキモノニアラスシテ總組合員ノ爲メニ其給付ヲ受取ルノ權限ヲ有スル者ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要ス但請求者ニ此權限アルトキハ之ニ對シ

ヲ交付ヲ爲スコトヲ要スルハ勿論ナリ(ロ)各組合員ハ他ノ組合員ヨリ出資ノ請求ヲ受クルニ當リ其組合員ヨリ交付スヘキ出資ニ對スル自己ノ持分ヲ援用シ相殺ニ因リテ義務ヲ免ルルコトヲ得ス何トナレハ出資ハ組合總員ノ爲メニ爲スモノニシテ不可分の總員ニ歸屬シ之ヲ分割シテ社員各自ノ所得ト爲スコトヲ得サルヲ以テナリ

(二)金銭ヲ以テ出資ノ目的トナル場合ニ於テ組合員カ其出資ヲ爲スコトヲ怠リタルトキハ其利息ヲ拂フ外尙ホ損害ノ賠償ヲ爲スコトヲ要ス

組合員カ其出資ヲ怠リタルトキハ債務不履行ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ損害ヲ賠償スルノ義務アルハ勿論ナリ但民法ハ第六六九條ニ於テ一般ノ原則ニ對スル一ノ例外ヲ設ケタリ他ナシ一般ノ原則ニ依レハ金銭債務ノ不履行ヨリ生ズル損害賠償ニ付テハ債權者ハ約定利率又ハ法定利率ニ相當スル賠償金即チ遲延利息ヲ請求スルコトヲ得ルニ止マリ其以上ニ於テハ賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルモ組合ノ場合ニ於テハ組合員カ金銭ノ出資義務ニ付キ履行ヲ遲延シタルトキハ遲延利息ノ外尙ホ其遲延ノ爲メニ組合ノ業務上ニ生ズル損害ヲ賠償スルノ責任ヲ負フコト是ナリ蓋シ組合ハ多數組合員ノ共同ノ力ヲ以テ事業ヲ經營スルヲ目的トシ經濟上有益ナル效果ヲ生ズルヲ以テ成ルヘク之ヲ獎勵スルノ必要アリ然ルニ組合員カ金銭ノ出資ヲ怠ルモ其利息ヲ拂フノ外何等賠償ノ責任ナシトスルトキハ組合ノ目的タル事業ノ經營ハ到底期スヘカラサルニ至リ組合契約ヲ締結シタル所以ノ本旨ニ反スルノ結果ヲ生ズルヲ以テ違約ノ

責アル組合員ヲシテ債務ノ不履行ヨリ生ズル一切ノ損害ヲ賠償スルノ責ヲ負ハシムルハ組合事業ノ成效ヲ期スル上ニ於テ必要ナルヲ以テナリ

## 第二款 組合ノ業務ノ執行

組合ノ事業ヲ執行スルコトハ組合契約ヲ締結シタル所以ノ目的ヲ遂行スルカ爲メ必要ニシテ欠クヘカラサルヲ以テ何人カ業務ヲ執行スルノ權利ヲ有スルヤ又業務執行者ハ業務ノ執行上ニ於テ如何ナル責任ヲ負フヤヲ定ムルノ必要アリ依テ予ハ業務執行ノ權限ト業務執行ヨリ生ズルノ權利關係ニ區別シテ説明セントス

### 第一項 業務執行ノ權限

何人カ業務執行ノ責ニ任スヘキヤノ問題ニ關シテハ民法第六七〇條及ヒ第六七二條ニ特別規定アリ即チ左ノ如シ

(甲) 組合ノ業務執行ハ組合員ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス

組合契約ヲ以テ業務執行者ヲ定メサリシトキハ組合ノ業務執行ハ組合員ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス是レ民法第六七〇條ニ規定スル所ナリ抑、組合契約ヲ以テ業務執行者ヲ定メサリシ場合ニ於テ何人カ組合ノ業務ヲ執行スヘキヤノ問題ニ付テハ各國ノ立法例其主義ヲ異ニスル所ニ

シテ大要之ヲ三個ニ區別スルコトヲ得ヘシ即チ（其一）ハ組合ノ業務執行ハ總組合員ノ一致共同ノ意思ニ基クコトヲ必要トスルモノニシテ獨逸民法ハ此主義ヲ採用ス（其二）ハ組合ノ業務ハ各組合員ニ於テ他ノ組合員ニ拘ハラス之ヲ執行シ得ヘキモノトスルモノニシテ佛國民法瑞西債務法ハ此主義ヲ採用ス（其三）ハ組合ノ業務ハ必スシモ總組合員ノ一致共同ノ意思ニ基クコトヲ要セサルト同時ニ之ヲ各組合員ノ專斷ニ委スルコトヲ得ス總組合員ノ過半数ヲ以テ決スヘキモノト爲スモノニシテ前二者ノ中間ニ位シ我民法ノ採用スル所ナリ蓋シ第一ノ主義ハ組合ノ業務ハ組合員共同ノ事業ニシテ共同シテ之ヲ經營スヘキモノナレハ業務ノ執行モ亦其一致共同ノ意思ニ基クコトヲ要スルモノトシ組合ノ基礎タル組合員ノ意思ヲ重シスルノ精神ニ出テタルモノナリ又第二ノ主義ハ組合員相互間ニ委任關係アリトノ推測ト業務進捗ノ便宜トニ基クモノナリ然レトモ第一ノ主義ニ依ルトキハ業務ノ執行ニ付キ動モスレハ總員ノ間ニ意思ノ一致ヲ欠キ之カ爲メ組合業務ノ進捗ヲ妨クルノ不便アリ又第二ノ主義ニ依ルトキハ各組合員ノ行動專斷ニ涉リテ其間ニ往往矛盾ヲ生シ組合ノ利益ヲ害スルノ虞レアリ之ニ反シテ多數決ニ依リテ業務ノ執行ヲ爲ストキハ一致主義ニ於ケルカ如ク業務ノ進捗ヲ遲緩ナラシムルノ弊害ナク亦專斷主義ニ於ケルカ如ク組合員間ニ於テ行爲ノ矛盾ヲ生スルノ不便ナシ是レ民法カ共有物ノ管理ニ付キ共有者持分ノ過半数ヲ以テ之ヲ決スヘキモノト爲シタルト同一ノ精神ニ基キ組合員ノ共同事業タル組合事業ニ付テモ亦總組合員ノ過半数ヲ以テ之

ヲ決スヘキモノト爲シタルナリ

（乙）組合契約又ハ其後ノ特別契約ヲ以テ業務執行者ヲ定メタルトキハ其契約ニ指定セラレタル者ニ於テ業務ヲ執行スルコトヲ要ス然レトモ組合契約ヲ以テ執行者ヲ定メタル場合ト其後ノ特別契約ヲ以テ之ヲ定メタル場合トニ依リテ差異アルヲ以テ予ハ此二個ノ場合ヲ區別シテ説明スヘシ

（一）組合契約ヲ以テ業務執行者ヲ定メタル場合

組合契約ヲ締結スルニ當リ其契約ノ一部トシテ業務執行者ヲ選任シ又ハ其後ニ至リ組合契約ヲ變更シ其一部トシテ新ニ業務執行者ヲ選任スルコトアリ而シテ此場合ニ於テ選任セラレハキ業務執行者ハ或ハ組合員ナルコトヲ得ヘク又第三者タルコトヲ得ヘシ但何レノ場合ニ於テモ選任セラレタル執行者數名アルトキハ業務ノ執行ハ其過半数ヲ以テ之ヲ決スルコトハ業務執行者ノ定メナキ場合ニ同シ蓋シ民法ハ事業進歩ノ遲延ト執行者相互間ノ行爲ノ矛盾トヲ豫防セントスル同一ノ精神ニ出テタルモノナリ

組合契約ヲ以テ業務執行者ヲ選任シタル場合ニ被選者カ組合員以外ノ第三者ナルトキハ業務執行者ト組合トノ關係ハ純然タル委任關係ナルヲ以テ委任ノ法則ニ依リテ支配セラルヘシ隨テ業務執行者ハ其一己ノ意思ヲ以テ何時ニモ辭任ヲ爲スコトヲ得ルト同時ニ組合員モ亦何時ニテモ之ヲ解任スルコトヲ得ヘシ然レトモ業務執行者ハ組合契約ヲ以テ選任セラレタルモ

ノナレハ之ヲ解任スルハ契約ヲ變更スルモノナレハ總組合員ノ同意アルニアラサハ爲レシ得  
カラサルヤ明カナリ

組合契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ組合員ニ委任シタルトキハ其組合員ト總組合員トノ關係ハ大體  
ニ於テ委任ノ法則ニ依リ支配セラルヘキモ之ヲ以テ純然タル委任關係ナリトシ辭任及ヒ解任  
ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スルコトヲ得ス蓋シ組合員ハ各組合ノ目的タル業務ノ遂行ニ付キ  
組合員トシテ直接ノ利害關係ヲ有スルモノナレハ組合契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ委任セラレタ  
ル以上ハ業務ノ執行ハ其權利タルト同時ニ其義務ニ屬シ業務執行者タル組合員ニ於テ濫リ  
ニ辭任ヲ爲シテ其義務ヲ免ルコトヲ得サルト同時ニ他ノ組合員ニ於テ謂レナクシテ之ヲ解  
任ヲ爲シ業務執行者ノ權利ヲ奪フコト能ハサルモノトス是レ民法第六、二條ニ於テ「組合  
契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ委任セラレタル組合員ハ正當ノ事由アルニアラサレハ辭任ヲ爲スコ  
トヲ得ス又解任セララルコトナシ」ト規定セル所以ナリ但組合契約ヲ以テ委任シタル組合員  
ヲ解任スルハ即チ組合契約ノ一部ヲ成ス委任契約ヲ解除スルモノナレハ理論上ヨリ云フトキ  
ハ總組合員ノ同意アルニアラサレハ之ヲ爲スコト能ハサルモノト論スルコトヲ得ヘシト雖モ  
斯クスルニ於テハ受任者タル業務執行者ノ同意ナキカ爲メ正當ノ事由アルモノ之ヲ解任スルコ  
ト能ハサルノ結果ヲ生スルヲ以テ民法ハ此場合ニ於テハ其解任ニ付キ他ノ組合員ノ一致アル  
コトヲ要スルト同時ニ其一致アルノミヲ以テ足レリトシ總組合員ノ同意ヲ要セサルモノト爲

セリ是レ第六、二條第二項ニ規定スル所ナリ

(二) 組合契約以外ノ契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ組合員中ノ一名若クハ數名ニ委任シタル場合  
此場合ニ於テハ總組合員業務執行者トノ間ノ權利關係ハ純然タル委任ノ法則ニ依リテ支配  
セラルヘキモノトス何トナレハ總組合員ト其中ノ一名若クハ數名トノ間ニ於テ純然タル委任  
關係ノ成立スルコトヲ妨ケサルノミナラス民法第六、七、〇條第二項及ヒ第六、七、一條ノ規定ハ其  
明文ノ示ス如ク組合契約ヲ以テ組合員ニ業務ノ執行ヲ委任シタル場合ニ關スル特別ノ規定ナ  
ルヲ以テ組合契約以外ニ於テ業務ノ執行ヲ他人ニ委任シタル場合ニ付テハ受任者ノ組合員ナ  
ルト第三者ナルトニ論ナク委任ニ關スル普通ノ原則ヲ適用スヘキハ事理ノ當然ナルヲ以テナ

(丙) 前二項ノ原則ニ拘ヘラス組合ノ常務ハ各組合員又ハ各業務執行者之ヲ專行スルコトヲ得  
是レ第六、七、〇條第三項ニ規定スル所ナリ蓋シ組合ノ業務執行ハ上來説明スル如ク特ニ業務執  
行者ノ定ナキトキハ組合員ノ過半数ヲ以テ之ヲ決シ組合契約ヲ以テ執行者ヲ選任シタルトキ  
ハ其過半数ヲ以テ之ヲ決スルコトヲ要シ各組合員又ハ各業務執行者ニ於テ濫リニ業務ノ執行  
ニ干與スルコトヲ得スト雖モ組合事業ノ經營上ニ於テ日常取扱フ所ノ事務ハ其取扱方法自ラ  
一定シ何人カ止任ニ當ルモ利害ヲ異ニスヘキ性質ノモノニアラサルヲ以テ第一ノ場合ニ於テ  
ハ各組合員、第二ノ場合ニ於テハ各業務執行者ヲシテ之ヲ專行セシムルモ之カ爲メ組合ニ不



利ナル結果ヲ生スルノ虞ナキヲ以テナリ然レトモ組合ノ業務執行ハ總組合員又ハ總業務執行者ノ過半数ヲ以テ之ヲ決スルヲ本則トスルヲ以テ各組合員又ハ各業務執行者カ常務ヲ專行スルコトモ亦他ノ組合員又ハ他ノ業務執行者ヨリ異議ヲ述ヘサル場合ニ限定スルコトヲ要シ他ノ組合員又ハ業務執行者カ異議ヲ主張シタルトキハ各組合員又ハ各業務執行者ニ於テ爲ス常務ノ專行ヲ停止シ之ヲ其決議ニ委スルコトヲ必要トス但或組合員又ハ業務執行者カ常務ヲ專行シタル場合ニ他ノ組合員又ハ業務執行者カ之ヲ停止スルニハ其結了前ニ異議ヲ主張スルコトヲ要シ其常務カ異議ノ主張前ニ終了シタルトキハ其常務ハ適法ニ執行セラレリタルモノニシテ後ニ爲シタル異議ノ爲メニ不法ナルノ結果ヲ生セサルモノトス

## 第二項 業務ノ執行ヨリ生スル權利關係

予ハ此點ニ付キ業務執行者ト組合員トノ關係ト組合ト第三者トノ關係ニ區別シテ説明スヘシ

### 第一 業務執行者ト組合員トノ關係

業務執行カ純然タル委任ノ關係ニ基クキ即チ組合契約又ハ特別契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ組合員以外ノ人ニ委任シ又ハ組合契約以外ノ特別契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ組合員ニ委任シタル場合ニ於テハ組合員ト委任者トノ權利關係ハ其受任者ノ組合員以外ノ人タルト組合員タルトニ論ナク純然タル委任ノ法則ニ依リテ支配セラルヘキモノトス蓋シ組合員モ亦組合總員ニ對スル關係

ニ於テ受任者トシテ業務執行ノ任ニ當ルコトヲ妨ケサルモノニシテ此點ニ付キ組合員ト組合員以外ノ人トノ間ニ區別ヲ設ケヘキ理由ナシト然レトモ組合契約ニ業務執行ノ定キ爲メ過半数ノ決議ニ從ヒ各組合員ニ於テ業務ヲ執行スル場合ニ於テハ業務執行者ノ權限ハ法律ノ規定ヨリ生シ當事者間ノ委任契約ヨリ生スルモノニアラサルヲ以テ業務執行者ト組合員トノ關係ニ付キ委任ニ關スル規定ヲ當然適用スルコトヲ得サルヤ明カナリ然レトモ此場合ニ於ケル業務執行ハ組合員共同ノ利益ノ爲メニ爲スモノニシテ各組合員力之ヲ爲スニ付キ正當ノ權限ヲ有スルコトハ業務執行ノ權限カ委任關係ヨリ生スル場合ト毫モ異ナル所ナク唯一ハ當事者ノ意思ヲ基本トシ他ハ法律ノ規定ニ淵源スルノ差異アルニ過キササルヲ以テ組合員ト業務執行者ノ權利關係ニ付テハ同一ノ原則ヲ適用シ同一ノ規定ヲ以テ之ヲ支配スルノ必要アリ又組合契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ組合員中ノ或者ニ委任シタル場合ニ於テハ業務ノ執行ヲ委任セラレタル組合員ト總組合員トノ間ニ於テ委任契約ノ成立スルコト猶ホ組合契約ヲ以テ組合員以外ノ人ニ業務ノ執行ヲ委任シタル場合ト異ナル所ナキモノノ如シ然レトモ此二者間ニハ重要ナル差異アリ他ナシ組合契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ組合員ノ或者ニ委任スヘキコトヲ約シタルトキハ其契約ハ即チ組合契約ノ一部ヲ成シ受任者タル組合員ハ業務ヲ執行スルノ權利ヲ得ルト同時ニ之ヲ執行スルノ義務ヲ負擔スルモノニシテ此權利ハ他ノ組合員ニ於テ謂レナクシテ之ヲ奪フコトヲ得サルト同時ニ此義務ハ業務執行者ニ於テ隨意ニ之ヲ免脱スルコトヲ得サルヲ以テ當事者間ノ權利關係ハ純然

タル委任ノ關係ナリト云フコト能ハサルヘシ故ニ委任ニ關スル法律ハ何等特別ノ規定ヲ俟タズシテ當然此場合ニ適用スルコトヲ得ス然レトモ此場合ニ於テモ業務執行者ハ總組合員ニ代リテ共同ノ業務ヲ執行スルモノニ外ナラサルヲ以テ其性質ノ許ス限ハ委任ニ關スル法則ヲ適用スルヲ以テ正當ナリトスヘキハ多言ヲ要セサル所ナリ是レ民法第六七一條ニ於テ特ニ規定ヲ設ケ此等組合員カ組合契約又ハ法律ノ規定ニ依リ業務ノ執行ヲ爲ス場合ニ付キ委任ニ關スル民法第六四四條乃至第六五〇條ノ規定ヲ準用スルコト爲シタルモノナリ茲ニ於テ左ノ效果ヲ生ス

- (一) 業務執行者ハ其業務ノ執行ニ付キ善良ナル管理者ノ注意ヲ用ユルコトヲ要シ此注意ノ不足ヨリ生スル結果ニ付キ組合總員ニ對シテ其責ニ任セサルヘカラス(六四四條)
- (二) 業務執行者ハ他ノ組合員ノ請求アルトキハ何時ニテモ其業務執行ノ狀況ヲ報告シ其任務終了ノ後ハ遲滞ナク業務執行ノ頗末ヲ報告スルコトヲ要ス(六四五條)
- (三) 業務執行者カ其業務執行上ニ於テ受取リタル金錢其他ノ物及ヒ其收取シタル果實ハ之ヲ總組合員ノ爲メニ其管理ヲ爲スノ權限ヲ有スル者ニ引渡シ(自ラ權限ヲ有スルトキハ其儘之ヲ所持スルコトヲ得ヘキハ勿論ナリ)自己ノ名ヲ以テ取得シタル權利ハ之ヲ組合ニ移轉スルコトヲ要ス(四四六條)
- (四) 業務執行者カ組合ニ引渡スヘキ金額又ハ業務執行上ニ於テ使用スヘキ金額ヲ自己ノ利益ニ於テ費消シタルトキハ不當利得ノ原則ニ從ヒ其費消シタル日以後ノ利息ヲ支拂ヒ尙ホ損害

アルトキハ不法行爲ニ關スル原則ニ從ヒ賠償ノ責ニ任ス(四四七條)

- (五) 組合員ハ特約アル場合ニ限リ組合ニ對シテ報酬ノ請求權ヲ有シ業務執行ノ權限カ業務執行者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ依リ半途ニテ終了シタルトキハ既ニ爲シタル業務執行ノ割合ニ於テ報酬ヲ請求スルノ權ヲ有ス
- (六) 組合事業ノ執行ニ要スル費用ハ總組合員ノ負擔ニ屬スルヲ以テ此費用ハ豫メ之ヲ執行者ニ支拂ヒ以テ事業ノ經費ニ充テシムルコトヲ要ス故ニ事業ノ執行者カ其費用ヲ立替支辨シタルトキハ其償還ヲ求ムルコトヲ得ルハ勿論費用支出ノ日以後ノ法定利息ヲモ請求スルコトヲ得ヘシ(六五〇條一項)

- (七) 業務執行者カ組合事業ヲ執行スルニ當リ其事業ノ執行上ニ於テ必要ト認ムヘキ債務ヲ負擔シタルトキハ總組合員ニ對シ自己ニ代ハリテ其債務ヲ辨済スヘキコトヲ要求シ其債務カ未タ辨済期ニ至ラサルトキハ之ニ對シテ擔保ヲ請求スルコトヲ得(六五〇條二項)
- (八) 業務執行者カ業務ノ執行上ニ於テ過失ナクシテ損害ヲ受ケタルトキハ其損害ハ業務執行者一名ノ負擔ニ歸スヘキモノニアラス組合全員ニ於テ之ヲ分擔スルコトヲ要ス

者一名ノ負擔ニ歸スヘキモノニアラス組合全員ニ於テ之ヲ分擔スルコトヲ要ス  
民法第六七一條ニ所謂「組合ノ業務ヲ執行スル組合員」トハ「前示ノ如ク組合員過半数ノ決議ニ從ヒ業務ヲ執行スル各組合員及ヒ組合契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ委任セラレタル組合員ノミヲ指シ何等正當ノ權限ナクシテ業務ヲ執行スル組合員」其内ニ包含セス何トナレハ此等ノ組合員ハ

組合ノ爲メニ單純ナル事務管理ヲ爲スニ過キサルヲ以テ其組合員ト組合トノ權利關係ニ付キ其組合員ヲシテ受任者ト同一ナル重キ義務ヲ負ハシムルコトヲ要セス又受任者ト同一ナル特別ノ保護ヲ之ニ與フルノ必要ナク純然タル事務管理ノ法則ヲ適用スルノミニテ足ルヲ以テナリ故ニ第六七一條ノ規定ハ組合員カ委任契約ニ於ケルカ如ク他ノ組合員ノ爲メニ業務ヲ執行スヘキ正當ノ權限ヲ授與セラルル場合ニ限定セララルモノト解釋セサルヘカラス蓋シ第六七一條ノ組合員トハ第六七〇條ノ後ヲ受ケ第六七〇條第一項及ヒ第二項ニ從ヒ業務ノ執行ヲ爲ス組合員ヲ暗示シタルモノニシテ場合ノ如何ニ拘ハラス業務ノ執行ヲ爲ス組合員ヲ舉ケテ盡ク其中ニ包含セシムルノ意ニアラサルヤ明カナリ

## 第二 業務ノ執行ト第三者トノ關係

組合ノ業務ハ法律行爲ニ關スルコトアリ或ハ法律行爲以外ノ事務ニ關スルコトアリ組合ノ事務カ法律行爲以外ノ事務ナルトキハ其執行ハ執行者ト組合總員トノ間ニ權利義務ノ關係ヲ生スルニ止マリ第三者ノ利害ニ影響ヲ及ボスコトナシト雖モ組合ノ業務カ法律行爲ニ關スルトキハ其執行ハ第三者ニ對スル關係ニ於テ重要ナル效果ヲ生スヘシ何トナレハ業務ノ執行カ代理權ヲ伴フトキハ業務執行者ノ行爲ハ直接ニ組合ニ對シテ其效ヲ生シ第三者ト組合トノ間ニ於テ權利義務ノ關係ヲ生スヘケレハナリ由テ予ハ此點ニ付キ業務執行者ノ代理權ト第三者ト組合トノ關係ニ區別シテ説明スヘシ

## (甲) 業務執行者ノ代理權

組合契約以外ノ契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ組合員ノ或者ニ委任シ又ハ一般ニ契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ組合員以外ノ者ニ委任シタルトキハ業務執行者ノ代理權ノ得喪變更及ヒ其範圍ハ總テ一般ノ原則ニ從ヒ之ヲ定ムルコトヲ要シ組合ノ場合ニ固有ナル特別ノ法則ナシ業務ノ執行カ純然タル委任契約ニ基因セザルトキ即チ組合契約ヲ以テ業務執行者ヲ定メタル場合又ハ組合契約ニ業務執行者ノ定ナキ爲メ各組合員ニ於テ業務ノ執行ヲ爲スヘキ場合ニ業務執行者ハ組合代表シテ法律行爲ヲ爲スノ權限ヲ有スルヤ否ヤニ付キ疑ヲ生スヘク此點ニ付テハ我民法中特別ノ規定ヲ存セザルモ組合ノ業務カ法律行爲ニ關スル場合ニ其業務ヲ執行スルノ權限ハ當然其法律行爲ニ關スル業務執行者ノ代理權ヲ包含シ業務執行者ハ組合代表シテ其法律行爲ヲ爲スノ權限ヲ有スルモノト解釋スルヲ相當ナリトス何トナレハ其業務ハ組合ノ業務ニシテ執行者ノ業務ニアラサル以上ハ組合ノ名義ヲ以テ之ヲ爲スヲ當然トシ執行者ノ名義ヲ以テ之ヲ爲スコトハ寧ロ其業務ノ性質ニ反スルモノト云ハサルヘカサルヲ以テナリ故ニ組合員カ享有スル業務執行ノ權限ハ其權限内ニ於テ爲ス法律行爲ニ付キ業務執行者ノ代理權ヲ當然隨伴シ業務執行者カ其業務執行ノ權限内ニ於テ組合ノ名ヲ以テ爲シタル法律行爲ハ總テ組合ニ對シテ其效ヲ生シ組合ト第三者トノ間ニ於テ直接ニ權利義務ヲ發生スルモノトス約言スレハ業務執行者ノ代理權ハ業務執行ノ權限ト共ニ發生シ其範圍モ亦業務執行ノ權限ヲ以テ範圍

ト爲スト同時ニ其變更消滅モ亦業務執行ノ權限ノ消滅變更ニ伴フヘキモノトス

(乙) 組合ト第三者トノ關係

代理權ヲ有スル業務執行者カ組合ノ名ヲ以テ法律行爲ヲ爲シタルトキハ其執行者ノ組合員ナルト組合員以外ノ人タルトニ論ナク其行爲ハ組合ニ對シテ效力ヲ生シ組合ト第三者トノ間ニ於テ直接ニ權利義務ノ關係ヲ生ス而シテ民法上ノ組合ハ法人ニアラサルヲ以テ第三者トノ關係ニ於テ權利義務ノ主體トナル者ハ組合總員ニシテ第三者ハ組合總員ニ對シテ權利ヲ有スルト同時ニ組合總員ニ對シテ義務ヲ負擔スルコトナルヘシ而シテ組合ト第三者トノ間ノ關係ニ付テハ第三者ノ權利ト第三者ノ義務ニ區別シテ説明スヘシ

(一) 第三者ノ權利 第三者ハ組合總員ニ對シテ直接ニ權利ヲ有スルヲ以テ第三者ハ組合員ニ對シテ其權利ヲ實行スルニ當リ組合員ハ出資其他ノ組合財產ニ付キ其權利ヲ行フコトヲ得ルハ勿論各組合員一己ノ財產ニ付テモ亦其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ何トナレハ組合ハ組合員ノ集合體タルニ過キスシテ組合員以外ニ於テ存在スル一ノ法人ニアラサルヲ以テ組合ノ責任ハ組合ノ共有財產ニ限定セラルヘキモノニアラス債務者タル組合員一己ノ財產ニ及フヘキハ論ヲ俟タサルヲ以テナリ

第三者カ組合ニ對シテ有スル權利即チ組合員ノ債務ハ組合員共同ノ債務ナリトシテ各自如何ナル限度ニ於テ履行ノ責任ニ任スヘキヤニ付テハ立法例區區ニシテ一定セス或ハ組合員ハ

連帶シテ債務ヲ負擔スヘキモノトシ或ハ組合員ニ於テ之ヲ分擔スヘキモノトシ又分擔主義ヲ採用スル法制ニ付キ平等ノ割合ヲ以テ債務ヲ負擔スヘシトスルモノト持分ニ應ジテ之ヲ負擔スヘシトスルモノトノ區別アリ我民法ハ損益分配ノ割合ニ應スル分擔主義ヲ採用シ第六七五條ニ於テ此意義ヲ明カニセリ蓋シ組合事業ニ伴フ損益ハ組合員ニ分配スヘク其分配ノ割合ハ特約又ハ出資ノ額ニ依リテ定マルヘキコトハ第六七四條ニ規定スル所ナリ而シテ組合員カ組合事業ノ經營上ニ於テ共同シテ債務ヲ負擔シタルトキハ其債務ハ即チ組合事業ニ伴フ損失ニ外ナラサルヲ以テ損失分擔ノ割合ニ應シ組合員ニ於テ之ヲ分擔スルコトヲ要スルハ組合契約ヨリ生スル當然ノ結果ニシテ別段説明ヲ要セザル所ナリ然レトモ組合員相互間ニ於ケル債務分擔ノ原則ハ組合員ト其債權者トノ關係ニ之ヲ適用スルコトヲ得ルヤ債權者トノ關係ニ於テハ各組合員ハ連帶シテ債務ヲ負擔スヘキヤト云フニ我民法ニ依ルトキハ分割ハ原則ニシテ連帶ハ例外ナルヲ以テ債務者間ニ於テ連帶ノ關係ヲ生セシムルニハ常ニ當事者間ニ特約アリタルコトヲ必要トシ數人カ共同シテ債務ヲ負擔スルモ唯此一事ノミヲ以テハ其間ニ連帶アルコトヲ推定セザルノミナラス組合ノ場合ニ付キ特ニ此ノ如キ推定ヲ設クルノ必要ナキヲ以テ民法ハ債權者ニ對スル外部ノ關係ニ於テモ亦組合員相互間ニ於ケル内部ノ關係ニ從ヒ損失分擔ノ割合ヲ標準トシテ債務ノ分割ヲ爲スヘキモノト爲シタルモノナリ但組合員相互ノ間ニ於ケル債務分擔ノ割合ハ常ニ必ス損失分擔ノ割合ニ據ルヘ



キハ勿論ナルモ債權者トノ關係ニ於テハ常ニ此場合ニ據ルコトヲ得ヌ何トナレハ組合相互間ノ内部ノ關係タル損失分擔ノ割合ハ債權者ニ於テ之ヲ知ラサルコト往往ニシテ是アルノミナラス又之ヲ知ルノ義務ナキモノナレハ組合員ノ債務分擔ノ割合ハ債權者トノ關係ニ於テモ亦常ニ損失分擔ノ割合ニ從フヘキモノトスルトキハ組合ト取引ヲ爲ス債權者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルヘケレハナリ是レ民法第六七五條ニ於テ組合ノ債權者カ其債權取得ノ當時組合員ノ損失分擔ノ割合ヲ知ラザリシトキハ各組合員ニ對シ均一ハ部分ニ付キ其權利ヲ行フコトヲ得ヘキ旨ヲ規定セル所以ナリ

(二) 第三者ノ債務 第三者カ組合ニ對シテ債務ヲ負擔スルトキハ其債務ハ組合員總員ニ對スル債務ニシテ組合員各自ニ對スル債務ニアラス是レ債務ノ性質上自カラ然ラサルヲ得サル所ナリ何トナレハ其債務ノ履行ヨリ生スル利益ハ組合事業ヨリ生スル利益トシテ包括的ニ總組合員共同ノ利得ニ歸スヘキモノナレハ之ヲ分割シテ各自ノ有ニ歸セシムルコトハ組合ノ目的ニ反シ組合ノ存續スル間ハ之ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テナリ茲ニ於テ左ノ效果ヲ生ス

(イ) 各組合員ハ第三者ニ對スル組合ノ債權ヲ分割シ其持分ノ割合ニ從ヒ自己ノ所持ニ歸スヘキ部分ノ履行ヲ單獨ニ請求スルコトヲ得ス

組合ノ債權ハ常ニ必ス業務執行ノ權限ヲ有スル者ニ於テ組合總員ヲ代表シテ之カ履行ヲ第

三者ニ請求スルコトヲ要ス故ニ多數當事者間ノ債權ニ關スル平等分割又ハ持分ニ因ル分割ハ此場合ニ於テ適用スルコトヲ得サルモノトス蓋シ組合ノ目的トスル所ハ共同事業ノ經營ニ存スルヲ以テ事業ノ經營上ニ於テ取得シタル權利ハ物權ナルト債權ナルトニ論ナク先ツ之ヲ組合總員ノ共有ト爲スコトヲ要シ當然之ヲ分割スルコトヲ得サルハ勿論組合ノ存立スル限ハ其分割ヲ請求スルコトヲ得サルハ第六六八條、第六七六條第二項ノ規定ニ徴シテ明カナルヲ以テナリ

(ロ) 組合ノ債務者ハ其債務ト組合員ニ對スル債權トヲ相殺スルコトヲ得ス

是レ第六七七條ニ規定スル所ニシテ前項ニ説明セル同一ノ理由ニ基クモノナリ即チ第三者カ組合ニ對シテ負擔スル債務ハ不可分のニ組合總員ニ對スル債務ニシテ其履行ハ不可分のニ組合總員ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要シ履行ノ結果ハ組合總員ヲ利益ヘキモノナリ左レハ第三者カ組合ニ對シテ負擔スル債務ト第三者カ組合員ノ或者ニ對シテ有スル債權トハ同一當事者間ニ於ケル債權債務ニアラサルヲ以テ其間ニ相殺ノ行フヘカラサルハ敢テ論ヲ俟タサル所ナリ而シテ組合ノ債務者ハ單純ニ其債務ト組合員ニ對スル債權トヲ相殺スルコトヲ得サルハ勿論組合ニ對スル債務ヲ組合員ノ持分ニ應シテ之ヲ組合員間ニ分割シ其一部分ニ付テ相殺ヲ援用スルコトヲ得ヌ何トナレハ第三者カ組合ニ對シテ負擔スル債務ヲ組合ノ債權ハ不可分のニ總組合員ノ共有ニ屬シ組合員ノ持分ニ應シテ之ヲ組合員間ニ分割スルコ

トヲ得サルハ既ニ説明セル所ノ如クナルヲ以テナリ

### 第三款 組合事業ノ検査

各組合員ハ、組合ノ業務ヲ執行スルハ、權利ヲ有セサルトキト雖モ、其業務及ヒ組合財産ノ狀況ヲ検査スルコトヲ得ヘシ是レ第六七三條ニ規定スル所ナリ蓋シ組合ノ事業ハ組合員共同ノ事業ニシテ組合財産モ亦總組合員ノ共有ニ屬スルモノナレハ各組合員ハ組合ノ業務ハ適當ニ執行セラレツツアルヤ組合財産ハ完全ナル狀態ニアルヤ監督シ必要ナル場合ニハ相當ノ處置ヲ施スハ自己ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ必要ニシテ組合員ハ直接業務ノ執行ニ干與セサルモ尙ホ且組合員タルノ資格ニ於テ此權利ヲ有セサルヘカラス而シテ我民法ハ此場合ニ於ケル検査ノ方法如何ニ付キ開段ニ規定スル所ナキヲ以テ各組合員ハ苟モ組合ノ業務ノ執行ヲ妨ケサル限ハ適宜ニ之ヲ施行スルコトヲ得ヘシ例ヘハ組合員ハ組合ノ帳簿其他ノ書類ヲ閱覽シ目録、調書類ヲ作成シ業務執行者ニ對シテ質問ヲ爲シ倉庫其他財産ノ所在ニ付キ實地見分ヲ爲スカ如シ但業務執行者ハ如何ナル程度マテ組合員ノ検査ノ要求ニ應ズヘキカハ各場合ニ於ケル實際ノ情況ニ依リテ定マルヘギ事實上ノ問題ニシテ其當否ニ付キ爭ヲ生シタルトキハ裁判所ニ於テ之ヲ判斷スヘキモノトス

### 第四款 損益ノ分配

組合員カ組合事業ノ經營ニ伴フ損益ヲ分擔スルコトハ組合契約ノ成立要件タルコト隨テ或組合員ニ損失ノ全部ヲ負擔セシメテ他ノ組合員ニ損失負擔ノ義務ヲ免レシメ又ハ或組合員ヲシテ利益ノ全部ヲ獨占セシメテ他ノ組合員ヲシテ利益ノ分配ニ與カルコトヲ得ナラシムル契約即チ所謂「ソシエタス、レオニア」(獅子組合)ノ無効ナルコトハ組合契約ノ性質ヲ論スルニ當リ既ニ説明セル所ナリ然レトモ組合員相互間ニ於ケル損益分配ノ割合如何ハ組合契約ノ成立ニ毫モ影響ヲ及ボササルヲ以テ此割合ハ常ニ必スシモ同一ナルコトヲ要セス而シテ民法第六七四條ニ依ルトキハ組合員ノ損益分配ノ割合ハ左ノ原則ニ從ヒ之ヲ定ム

(甲) 組合員ノ損益分配ノ割合ハ各組合員ノ出資ノ額ニ應ジテ之ヲ定ム

組合員ノ損益分配ノ割合ニ關シテハ二個ノ主義アリ其一ハ組合員間ニ於ケル損益分配ハ出資ノ種類價格ノ如何ニ拘ハラス平等均一ノ割合ニ依ルヘキモノトシ他ノ一ハ損益分配ノ割合ハ出資ノ額ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘキモノト爲セリ我民法ハ即チ第二ノ主義ヲ採用シタルモノニシテ公平ノ觀念ニ適シ立法ノ要ヲ得タルモノトス蓋シ出資ハ共同事業ノ經營上必要ニシテ欠クヘラサルモノニシテ組合員ハ組合事業ノ爲メニ各自出資ヲ爲シ因テ以テ其事業ヲ遂行スルモノニ外ナラサルヲ以テ組合事業ノ成功ニ對スル組合員功勞ノ大小ハ出資ノ多寡ニ依リテ

定マルモノナルヤ明カナリ而シテ組合事業ノ經營ヨリ生スル利益ハ事業ノ經營ニ對スル組合員ノ功勞ニ應ジテ之ヲ分配スルコトハ公平ノ原則上自ラ然ラサルヲ得サルヲ以テ利益分配ノ割合ハ結局出資ノ額ニ應ジテ之ヲ定ムルノ外ナシトス若シ夫レ出資額ノ如何ニ拘ハラズ平等ニ利益ノ分配ヲ爲スカ如キハ不公平ノ最モ甚シキモノナレハ當事者カスル利益分配ヲ爲サントスルノ意思ハ特ニ之ヲ表示スルコトヲ要シ當然之ヲ推測スルコトヲ得ス是レ民法カ特約ナキ限ハ利益分配ノ割合ハ出資額ニ應ジテ之ヲ定ムルコトヲ爲セル所以ナリ而シテ利益分配ノ割合ハ出資ノ額ニ應スヘキモノト爲シタル以上ハ組合事業ノ經營上ニ於テ組合員ノ被ルヘキ損失モ亦出資額ニ應ジテ之ヲ分擔スルコトヲ必要トス何トナレハ共同事業ニ付キ利益ヲ受クルコト多ケレハ之ヨリ生スル損失ノ負擔モ亦多カルヘク利益ヲ受クルコト少ナケレハ損失ノ負擔モ亦少ナルカルヘキハ公平ノ原則上明カナルヲ以テ特約ナキ限ハ當事者ノ損失ノ負擔モ亦出資ノ額ニ應ジテ之ヲ定ムルノ意思ナリト推定スヘク利益分配ノ割合ヲ異ニスル當事者ノ意思ハ當然之ヲ推測スルコト能ハサルヲ以テナリ

(2) 當事者カ特約ヲ以テ利益分配ノ割合ヲ定メタルトキハ之ニ從フ組合契約ニ在リテハ組合員ハ各損益ノ分配ニ與カルコトヲ必要トスルモ其損益分配ノ割合如何ハ契約ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ボササルノミナラス事全ク組合員各自ノ利益ニ關スル問題ナルヲ以テ法律ハ契約自由ノ原則ニ從ヒ組合員ヲシテ契約ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得セシム

ルモノナリ故ニ組合員ハ利益ト損失トニ付キ別別ニ分配ノ割合ヲ定ムルコトヲ得ヘク此點ニ關スル契約ハ當事者ヲ羈束ス但當事者カ利益又ハ損失ニ付テノミ分配ノ割合ヲ定メタルトキハ其割合ハ利益及ヒ損失ニ共通ナルモノト推定ス是レ第六七四條第二項ニ規定スル所ニシテ公平ノ原則ハ利益ト損失トハ常ニ其分配ノ割合ヲ同一ニスルコトヲ要求スルヲ以テ當事者ノ意思モ亦此要求ニ從フニアリト推測スルモノニ外ナラス然レトモ是レ所謂一應ノ推定タルニ過キササルヲ以テ反證ヲ以テ之ヲ打破スルコトヲ得ヘキハ勿論ナリ

### 第五款 組合財産

民法第六六八條ニ曰ク「各組合員ノ出資其他ノ組合財産ハ總組合員ノ共有ニ屬ス」ト蓋シ組合事業カ既ニ總組合員共同ノ事業タル以上ハ此事業ノ經營ニ要スル財産及ヒ此事業ノ經營ニ於テ取得シタル財産モ亦總組合員ニ於テ共同シテ之ヲ所有スルモノト爲スハ組合ノ性質ニ適スルヲ以テナリ予ハ以下組合財産ノ種類、持分及ヒ分割ニ區別シテ説明スヘシ

第一 組合財産ノ種類 民法第六六八條ニ依レハ各組合員ノ出資其他ノ組合財産ハ總組合員ノ共有ニ屬ス即チ左ノ如シ。

(甲) 出資。出資ハ各組合員カ組合事業ノ經營ノ爲メニ融出スル財物ニシテ金、錢、其他ノ有價物ハ勿論債權、版權、特許權、物ノ使用收益權、其他各種ノ財産權ヲ包含シ組合ノ爲メニ爲ス組合

員ノ勞務モ亦出資ノ目的タルコトヲ得ルハ既ニ説明セル所ナリ而シテ出資ハ總組合員ノ共有ニ屬スヘキモノニシテ組合員各自ノ有ニ歸スヘキモノニアラサルヲ以テ各組合員ハ他ノ組合員ニ對シテ出資義務ノ履行ヲ求ムルニ當リ自己ニ對シテ其全部又ハ一部ヲ給付スヘキコトヲ要求スルコトヲ得マ常ニ必ス總組合員ノ爲メニ業務執行ノ權限アル者ニ之カ給付ヲ爲スヘキコトヲ要求スルコトヲ要シ各組合員カ其出資義務ヲ履行シタルトキハ總組合員ハ出資義務ノ履行トシテ給付シタル金錢物件其他ノ財産ノ主體トシテ之ヲ共有スルコトナルヘシ

(乙) 其他ノ財産 民法第六六一條ニ所謂其他ノ財産トハ組合事業ノ經營上ニ於テ取得シタル一切ノ財産ヲ云フ例ヘハ組合財産ノ賣却代金、組合ノ金錢ヲ以テ購入シタル物件、組合財産ヨリ生スル天然及ヒ法定ノ果實、組合財産ノ滅失毀損ニ對シ第三者ヨリ給付ヲ受ケタル金錢物品ノ如シ

組合ノ業務執行者カ其業務ノ執行上ニ於テ組合ノ名ヲ以テ第三者ヨリ取得シタル權利ハ直チニ組合ノ財産トナルハ勿論自己ノ名ヲ以テ取得シタル場合ト雖モ組合トノ關係ニ於テハ其權利ハ直チニ組合ニ移轉シ組合ノ財産トナル何トナレハ業務執行者ハ業務ノ執行上取得シタル權利ヲ組合ニ移轉スルノ義務ヲ負フモノニシテ我民法ニ依ルトキハ權利移轉ノ義務ハ移轉スヘキ權利カ義務者ノ所有ニ係ルトキハ履行ヲ要セスシテ當然其權利ヲ相手方ニ移

轉スルノ效果ヲ生スルヲ以テナリ

第二 組合財産ノ持分 組合財産ハ總組合員ノ共有ニ屬スルヲ以テ各組合員カ組合財産ノ付キ持分ヲ有スヘキハ勿論持分ノ割合ハ出資ノ額ニ比例シテ之ヲ定ムルコトヲ要ス何トナレハ組合員ノ損益分配ノ割合ハ公平ノ原則上出資額ニ應ジテ之ヲ定ムルコトヲ要スルハ既ニ説明セル所ノ如クナルヲ以テ組合財産ニ付キ各自ノ有スル權利ノ割合ヲ定ムルニ當リテモ亦等シク此標準ニ依ルコトヲ正當ナリトスヘケレハナリ然レトモ持分ノ多少ハ全タ當事者タル組合員ノ利害ニ關スル問題ナルヲ以テ組合員ハ其協議ヲ以テ各自ノ持分ノ割合ヲ定ムルコトヲ得ヘク此點ニ付キ當事者間ニ特約アリタルトキハ其特約ニ從ヒ各自ノ持分ヲ定ムルコトヲ要スルハ勿論ナリ

組合財産ハ組合事業ノ經營ニ必要ナルヲ以テ組合ノ存續スル限ハ總組合員ノ共有トシテ之ヲ組合事業經營ノ資ニ供セサルヘカラス茲ヲ以テ普通ノ場合ニハ各共有者ハ他ノ共有者ニ拘ハラス自己ノ持分ヲ處分スルコトヲ得ルニ反シ組合ノ場合ニ於テハ之ヲ爲スコトヲ得ス之ヲ爲スモ組合及ヒ組合ト取引ヲ爲シタル第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス是レ民法第六七六條ニ規定スル所ナリ何トナレハ組合財産ノ持分ハ組合員ニシテ始メテ之ヲ所有スルコトヲ得ヘク組合員ニアラサル第三者ヲシテ組合財産ノ持分ヲ所有セシムルハ組合ノ性質ニ反スルノミナラス組合事業ノ經營ノ資ニ供スヘキ財産ノ持分ヲ組合員以外ノ第三者ノ有ニ歸セシ



ムルニ於テハ組合事業ノ經營ニ必要ナル財産ヲ缺クニ至リ組合事業ノ經營ヲ妨クルノ結果ヲ有スルヲ以テナリ故ニ組合員ノ或者カ第三者ノ爲メニ其持分ヲ處分シタル場合ト雖モ組合及ヒ組合ト取引シタル第三者トノ關係ニ於テハ其持分ハ依然トシテ其組合員ノ有ニ屬スルヲ以テ組合ハ舊ニ依リ其財産ヲ以テ組合員ノ共有トシテ之ヲ組合事業ノ資ニ供スルコトヲ得ヘク組合ト取引ヲ爲シタル第三者モ亦其財産ハ總組合員ノ共有ニ屬スルモノトシテ其上ニ權利ヲ行フコトヲ得ヘシ但組合員カ自己ノ有スル持分ヲ目的トシテ第三者ト契約ヲ爲スハ妨ケナク第三者ハ組合員ニ對シテ持分ノ處分ヨリ生スル利益ヲ要求スルコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タス

第三 組合財産ノ分割 共有者ハ何時ニテモ共有物ノ分割ヲ請求スルノ權利ヲ有スルハ民法第二五六條ニ規定スル所ナリ然レトモ此原則ハ組合員カ組合財産ヲ共有スル場合ニ之ヲ適用スルコトヲ得ス何トナレハ組合財産ハ組合事業經營ノ必要上之ヲ總組合員ノ共有ト爲シタルモノニシテ何時ニテモ組合員ノ請求ニ依リ之ヲ分割スヘキモノトスルニ於テハ組合事業ノ經營ハ到底期ス可カラサルヲ以テナリ而シテ組合財産ニ付キ共有ノ狀態ヲ維持スルノ必要ハ組合契約ノ繼續スル限ハ永久ニ存在スルモノニシテ此必要ハ組合契約力終了シ其清算ヲ爲ス場合ニ於テ始メテ消滅スルモノナレハ此時ヲ以テ一般ノ原則ヲ適用シ各組合員ヲシテ其分割ヲ請求スルコトヲ得セシムルヲ要ス是レ民法第六六七條第二項ニ「組合員ハ清算前ニ組合財産ノ分割ヲ請求スルハコトヲ得ス」ト規定セル所以ナリ

共有財産ノ分割方法ハ一般ノ原則ニ從ヒ當事者間ノ協議ヲ以テ之ヲ定メ協議調ハサルトキハ裁判所ハ當事者ノ請求ニ依リ原物分割又ハ競賣ニ依リテ之ヲ爲スモノトス但出資ハ原物ニテ其儘之ヲ各組合員ニ返還スルノ主義ヲ採用セル立法例アルモ各組合員ノ爲シタル出資ハ清算ノ當時常ニ必スシモ現存スルモノニアラサルヲ以テ或組合員ハ其出資現存スルヲ以テ其返還ヲ受ケ他ノ組合員ハ其出資現存セサル爲メ其返還ヲ受クルコト能ハサルニ至リ不公平ナル結果ヲ生スルヲ以テ我民法ハ共有物ノ分割ニ要スル普通ノ方法ニ從フヲ正當ナリト認メタルモノナリ但動産不動産其他ノ財産ノ使用收益力出資ノ目的タル場合ニハ其財産ハ清算ノ際出資者ニ返還スルコトヲ要スルハ勿論ナリ

### 第三節 組合ノ終了

組合終了ノ原因ハ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得組合員ノ脱退及ヒ組合ノ解散即チ是ナリ予ハ此二原因ニ付キ各別ニ説明スヘシ

#### 第一款 組合員ノ脱退

組合員ノ脱退ハ脱退シタル組合員トノ關係ニ於テ組合契約ヲ終了セシムルニ止マリ組合關係ヲ根本ヨリ終了セシムルノ效果ヲ生スルモノニアラス故ニ組合員カ二名ニシテ一組合員ノ脱退ニ



因リ組合員カ一名ニ減少シタルトキハ組合契約ハ組合員ノ欠乏ノ爲メ終了スヘキハ勿論ナルモ  
殘存セル組合員カ二名以上アルトキハ組合契約ハ殘存セル組合員ノ間ニ於テ依然トシテ存續シ  
組合員ノ脫退ノ爲メニ當然終了スルコトナシ

### 第一項 組合員脫退ノ原因

組合員カ組合ヨリ脫退スル場合ハ左ノ如シ

#### (甲) 任意ノ脫退

任意ノ脫退トハ組合員カ自己ノ意思ヲ以テ組合關係ヨリ離脱スルノ謂ニシテ組合契約ノ解除  
ニ外ナラサルヲ以テ他ノ組合員ニ對スル片面的意思ノ表示ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シ  
テ組合契約ハ組合員間ノ契約ナルヲ以テ或組合員カ法律ニ依リ付與セラレタル解除權ヲ行  
使スルニハ他ノ總員ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要シ其中ノ或者ニ對シテ爲シタル解除ノ意思表  
示ハ組合員ヲシテ組合關係ヨリ離脱セシムルハ效果ヲ生ゼサルモノトス予ハ組合員ノ任意ノ  
脫退ニ付キ説明ヲ爲スニ當リ組合契約ニ組合契約ノ存續期間ヲ定メサリシ場合ト存續期間ヲ  
定メタル場合トニ區別スヘシ

(イ) 存續期間ヲ定メサリシ場合 此場合ニ於テハ組合員ハ何時ニテモ組合ヨリ脫退スルコ  
トヲ得蓋シ組合ノ存續期間ヲ定メサリシトキハ各組合員ヲシテ永久無限ニ組合員タルノ義  
務ヲ負ハシムルハ苛酷ニ失スルノミナラス組合員カ別段組合ノ存續期間ヲ定メサル以上ハ  
各組合員ニ脫退ノ自由ヲ認許シ之ヲ羈束セサルノ意思ナリト推測セサルヘカラサルヲ以テ  
ナリ或組合員ノ終身間組合ノ存續スヘキコトヲ定メタル場合ニ於テモ亦組合員ハ任意ノ脫  
退權ヲ認ムルノ必要アリ何トナレハ組合ハ其存續期間如何ニ永キニ涉ルモ組合員ノ死亡ト  
共ニ終了スヘキモノナルヲ以テ組合カ或組合員ノ終身間存續スヘキコトヲ定ムルハ其組合  
員トノ關係ニ於テ存續期間ヲ定メサルト毫モ異ナル所ナク之ヲシテ終身間組合員タルノ義  
務ヲ負ハシムルハ苛酷ニ失スルヲ以テナリ

組合員ノ前二個ノ場合ニ於テハ何時ニテモ組合ヨリ脫退スルコトヲ得ルモ無制限ニ此權利  
ヲ行フコトヲ得ス他ナシ組合員カ脫退權ヲ行フニ當リテハ可及的組合ノ利益ヲ保護シ組合  
ヲシテ損害ヲ被ラシメサルコトヲ要スルコト是ナリ故ニ組合員カ其自己ノ意思ヲ以テ組合  
ヨリ脫退スルハ固ヨリ妨クナシト雖モ組合ニ不利ナル時期ニ於テ組合ヨリ脫退スルコトヲ  
得ス必スヤ組合ニ損害ヲ及ボササル時期ヲ選擇シ其時期ニ於テ組合ヨリ脫退スルコトヲ要  
ス是レ組合ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ必要ナルヲ以テナリ而シテ組合員カ組合ニ不利ナル  
時期ニ於テ脫退ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思表示ハ法律上何等ノ效果ヲ生ゼサルヲ以  
テ其組合員ハ組合ヲ脫スルコトヲ得サルモノトス但組合員ノ脫退カ止ムコトヲ得サル事由  
ニ基クトキハ脫退ヲ爲スノ時期如何ニ拘ハラス之ヲシテ組合ヨリ脫退スルコトヲ得セシム

ルコトヲ要ス何トナレハ此場合ニモ尙ホ組合ニ不利ナリトシテ脱退ヲ爲スコトヲ許ササルニ於テハ組合員ニ對シテ苛酷ナル結果ヲ生スルヲ以テナリ

(ロ) 存続期間ヲ定メタル場合 此場合ニ於テハ各組合員ハ組合ノ存続期間内ハ組合員トシテ組合關係ヲ繼續スルコトヲ要シ其ノ己ノ意思ヲ以テ組合ヲ脱スルコトヲ得ス然レトモ此場合ニ於テモ各組合員ノ爲メニ止ムコトヲ得サル事由生シタル場合ニ付組合ヲ脱退スルノ權能ヲ認メサルヲ得ス但如何ナル場合ニ組合員ノ脱退カ止ムコトヲ得サル事由ニ基クモノト云フコトヲ得ヘキハ事實上ノ問題ナルヲ以テ爭ノ生シタル場合ニ裁判所ノ判斷ヲ受クヘキモノトス一例ヲ舉クレハ組合員カ外國ニ旅行シ又ハ疾病ニ罹リタル爲メ組合事業ニ從事スルコトヲ得サルニ至リタル場合ノ如シ

### (乙) 組合員ノ死亡

組合契約ハ組合員相互ノ信用ヲ基礎トシ當事者其人ノ一身ニ著眼シテ締結セラルモノナレハ組合ヨリ生スル權利義務ハ組合員ノ死亡ニ因リ其相續人ニ移轉スルコトヲ得ス組合員ハ死亡ニ因リテ組合ヨリ脱退シ組合關係ハ單ニ殘存セル組合員間ニ於テ存続スルコトトナルヘシ然レトモ組合員ノ何人ナルヤハ當事者タル組合員ノ利害ニ關スル問題ナルヲ以テ組合契約又ハ其後ノ特別契約ヲ以テ組合員死亡ノ場合ニ付キ殘存セル組合員ト死亡組合員ト相續人トノ間ニ組合關係ヲ存続セシムヘキコトヲ特約シタルトキハ其特約ハ有效ニシテ各組合員ノ相

續人ハ組合員ノ死亡ニ因リ組合員トシテノ其地位ヲ全然繼承シ組合關係ハ其相續人ト自辟ノ組合員トノ間ニ於テ存続スルモノトス

### (丙) 組合員ノ破産

組合員カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ其組合員ハ組合員トシテノ義務ヲ履行スルコト能ハサルノ地位ニ陥ルヲ以テ之ヲ組合ヨリ脱退セシムルヲ相當トス

### (丁) 組合員ノ禁治産

組合ハ當事者間ノ對人的信用ヲ基礎トスルコトハ既ニ説明セル所ノ如クナルヲ以テ組合員カ治産ノ禁ヲ受ケ行爲能力ヲ喪失シタルトキハ其組合員トノ關係ニ於テ組合ヲ繼續スルコト能ハサルヲ以テ其組合員ハ當然組合ヨリ脱退スルモノトス但組合契約又ハ其後ノ特別契約ヲ以テ組合關係ヲ存続セシメ後見人ニ於テ禁治産者ニ代ハリ組合員トシテノ行爲ヲ爲シ得ヘキ旨ヲ特約シタルトキハ組合關係ハ組合員ノ禁治産ニ拘ハラス其組合員トノ間ニ於テ依然トシテ存続スルモノトス

### (戊) 組合員ノ除名

組合員ハ除名ニ依リテ組合ヨリ脱退ス而シテ民法第六八〇條ニ依ルトキハ組合員ヲ除名スルニ左ノ條件ノ具備スルコトヲ必要トス

(一) 正當ノ事由アルコト 組合員ノ除名ハ除名セラルル組合員ノ名譽及ヒ利益重大ナル影

響ヲ及ホスモノナレハ其承諾アル場合ハ格別他ノ組合員ニ於テ擅ニ之ヲ爲スコトヲ得ス然  
レトモ組合ノ利益ヲ保護スル爲メ或組合員ヲ除名スルコトノ必要ヲ感スルコトハ往往ニシ  
テ之アルヲ以テ民法ハ正當ナル事由アルニ於テハ組合員ヲ除名スルコトヲ許スト同時ニ正  
當ナル事由アルニアラサレハ之ヲ除名スルコトヲ得サルモノト爲セリ例ヘハ或組合員其  
義務ニ屬スル出資ヲ怠リタル場合、疾病其他ノ理由ニ依リ義務ヲ履行スルコト能ハサルニ  
至リタル場合又ハ組合事業ノ進捗ニ對シテ妨害ヲ試ミ其義務ニ違背シタル場合ノ如シ但如  
何ナル場合ニ於テ組合員ノ除名ヲ必要トスル正當ノ事由アリト云フコトヲ得ヘキヤハ事業  
上ノ問題ニ屬スルヲ以テ各場合ニ於ケル實際ノ事實關係ニ付キ之ヲ判斷スルコトヲ要ス  
(二) 他ノ組合員全體ノ承諾アルコト 組合員ノ除名ハ組合ノ利害ニ重大ノ影響ヲ及ホスノ  
ミナラス組合員トノ關係ニ於テ組合ヲ終了セシムルモノニシテ組合契約ノ變更ノ外ナラザ  
ルヲ以テ之ヲ爲スニハ總組合員ノ同意ヲ要スルモノト云フコトヲ得ヘシ然レトモ除名セラ  
ル組合員ノ同意ヲ得ルコトハ到底不可能ナルヲ以テ此場合ニハ他ノ總組合員ノ一致共同  
ノ意思ニ基クコトヲ必要トスルト同時ニ其同意アルヲ以テ是レリトシ總組合員ノ承諾ヲ必  
要トセス故ニ除名セララル組合員ノ同意ナクシテ之ヲ除名スルハ固ヨリ妨ケンシト雖モ他  
ノ總組合員中一名タリトモ不服ヲ唱フル者アルトキハ除名處分ハ行ハレサルモノトス  
(三) 除名ノ通知ヲ爲スコト 除名處分ハ總組合員ヨリ之ヲ被除名者ニ通知スルコトヲ要シ

一又ハ類似ノ商號ハ一般ニ不正ノ競争ノ目的ヲ以テ之ヲ選定スルコトヲ得ス(二〇條)

第六 他人ノ氏又ハ氏名ヲ以テ商號ト爲スコトヲ得ルカ 此問題ハ畢竟氏名權ナルモノアリヤ  
否ヤノ問題ニ歸著ス而シテ此點ハ從來獨學者ノ論爭シタル所ニシテ其消極論者ハ或ハ氏名ハ  
事實の慣例ナリ氏名ハ貨物ニアラスシテ權利ノ目的トナラスト主張シ「アイネルト」或ハ之  
ヲ權利ト認ムルノ必要ナシト論シ「イエリシグ」或ハ氏名ハ唯社會的秩序ノ一要件タルモノ  
ニシテ法ノ範圍内ニアラスト唱フ「リースレル」等紛々ノ說アリト雖モ其一モ探ルニ足ル  
モノナキハ辯論ヲ要セス其積極論者ハ或ハ慣習法上ノ存在ヲ主張シ「ヘルマン」或ハ人格權  
トシテノ當然ノ存在ヲ唱導ス「ガライス」「コーラー」「富井博士」「岡松博士」而シテ予ハ消極  
說ヲ正當ト信スルカ故ニ此積極說ニ對シテハ一言セサルヲ得ス抑、我國人ニ權利ノ觀念ヲ生  
シタルハ寧ロ近世ニ在リ今日ニ在テモ其個人的思想ノ幼稚ナルハ人ノ疑ハサル所氏名ニ付キ  
權利思想ヲ生スルカ如キコトナキハ蓋シ事實掩フヘカラス慣習法ヲ基礎トシテ我國ニ氏名權  
ノ存在ヲ肯定スルノ非理ナル亦明カナリ次ニ氏名ハ必スシモ人格ノ要素ニアラス氏名ナク  
モ人格ハ存ス否寧ロ氏名ハ人格ト人格トノ區別表徴ニ過キス生命カ人格ノ要素タルト同シキ  
意味ニ於テ氏名ヲ人格ノ要素ト云フハ事實ニ反ス加之學者ハ先ツ人格權ノ存在ヲ前提シテ其  
論法ヲ進メントス是レ大ナル誤謬ト云ハサルヘカラス人格權ト云フ語ハ法律上確固不動且一  
定ノ意義ヲ有セス學者カ便宜上付與シタル名稱ナリ其人格權ナル「カテゴリー」ニ如何ナル

權利ヲ包含セシムヘキヤハ學者ノ自由ニ存ス唯氏名權若シ存在スルナラハ之ヲ人格權ノ一ニ數フルハ必スシモ妨ケサルヘシ然レトモ問題ハ氏名權ノ存否如何ニ在リ之ヲ人格權ノ一ニ數フヘキヤ否ヤニアラス從テ人格權ヲ基礎トシテ直チニ之ヲ肯定セントスルハ亂暴ナル議論ト云ハサルヘカラス之ヲ要スルニ我國ノ如キ權利思想ニ乏シカリシ國柄ニ於テハ權利ノ存否ハ其基礎ヲ慣習法ニ索ムヘカラス必スヤ法律ノ明文ニ之ヲ徵セサルヘカラス然ルニ民法、刑法、戸籍法、衆議院議員選舉法、著作權法、不動産登記法等ニ一モ氏名權ノ存在ヲ證スルニ足ルヘキ明文ヲ見ス是レ予カ消極論ヲ唱導スル所以ノ大要ナリ（詳細ハ法學協會雜誌二二卷八號九號拙論ヲ參照セラルヘシ）夫レ此ノ如ク氏名權ナシ故ニ他人ノ氏又ハ氏名ヲ以テ商號ト爲スコトヲ得ト斷セサルヘカラス

第七 特別法ニ存スル法定ノ制限ニ服セサルヘカラス 例ヘハ保險業法第一五條ノ規定ノ如キ是ナリ

第八 數人共同シテ一個ノ商號ヲ選定使用スルコトヲ得ルカ 此問題ハ場合ヲ分チテ研究スルコトヲ要ス

(イ) 數人各異種ノ營業ヲ爲シ而モ同一名稱ヲ商號トシテ選用スル場合ハ商號ノ共同ナルモノナシ數人協議シテ商號トスヘキ名稱ヲ定メタルノ事實存スルモ其商號ハ理論上數人ノ有スル一個商號ニアラス數人ノ有スル數個ノ商號ナリ

(ロ) 數人同一種ノ營業ヲ爲スモ各自獨立シテ營業ヲ爲セル場合ハ(イ)ニ述ヘタル理論ト相異ナルコトナシ從テ數人共同シテ登記ヲ申請スルコトヲ得ス而シテ其中ノ一人カ登記ヲ爲シタルトキハ他ノ數人ハ登記ヲ爲スコトヲ得ス但協議ノ結果選定シタル以上ハ登記シタル者ト雖モ他ノ關係者ニ對シ商號權ヲ主張スルコトヲ得ス

(ハ) 數人共同シテ同一ノ營業ヲ爲ス場合ハ所謂組合(匿名組合ヲ含マス)ノ經營ニ屬スル場合ナリ此場合ニハ一箇ノ營業アルノミ一箇ノ營業力數人ノ共同經營ニ成ルモノナルカ故ニ純正ノ意義ニ於テ商號ノ共同アリ此場合ニ於テノミ共同選定ナル現象ヲ生ス

### 第三節 商號權

商號ハ登記ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ登記ヲ爲スト否トハ本來商人ノ自由ニ在リ唯會社ハ其商號ヲ登記セサルヘカラス(五一條一號、一〇五條、一二一條一號、二四二條一號)然レトモ會社ノ商號ト雖モ登記ノ有無ハ商號ノ商號タルニ關係ナシ換言スレハ會社設立後ハ未タ登記セサル間ト雖モ其定款ニ定メタル商號ハ商法上商號タルヲ失ハス登記ハ商號成立ノ形式ニアラサルヘナリ

商號ノ登記ハ其登記ヲ爲シタル商人ノ爲メニ特種ノ權利ヲ生ス其效力ニアリ

一 他人ノ同一商號ノ登記ヲ妨ク 登記シタル商號ニ付テハ同市町村(市町村制ノ施行ナキ地



方ニテハ從來ノ町村又ハ之ニ類似ノ區域東京、京都、大阪ニ在リテハ區内ニ於テ同一ノ營業ノ爲メニ他人之ヲ登記スルヲ許サス（一九條）其地域上ノ制限ハ同市町村ナリ其目的上ノ制限ハ同一ノ營業ナリ故ニ同一ノ營業ニ關スルモ同市町村以外ノ地ナルトキ又ハ同市町村内ト雖モ同一ノ營業ニ關セサルトキニ於テハ此效力ナシ而シテ同一ノ營業ト云フ「同一」ハ必スシモ絕對ニ解スヘキニアラス下駄荒物商ト下駄商トハ營業ノ同一ナルモノト解セサルヘカラス

二 同一又ハ類似ノ商號ノ使用ノ禁止 登記ノ禁止ハ到底完全ニ商人ヲ保護スルニ足ラス故ニ商法ハ不正ノ競争ノ目的ヲ以テ同一又ハ類似ノ商號ノ使用スルヲ禁止スル權利ヲ認ムルノミナラス損害要領ノ權利ヲモ認ム不正ノ競争ノ何タルカハ事實問題ナリト雖モ既ニ競争ト云フヲ以テ其營業ヲモ亦自ラ同一又ハ類似ノモノナラサルヘカラス而シテ此權利ニ付テハ地域上ノ制限ナシ然レトモ同市町村内ニ於テ同一ノ營業ノ爲メニ他人ノ登記シタル商號ヲ使用スル者ニ付テハ商法ハ一ノ推定ヲ設ケ不正ノ競争ノ目的ヲ以テ之ヲ使用スルモノナリト爲ス（二〇條）蓋シ舉證ノ責任ヲ他人ニ移シタルモノナリ

之ヲ要スルニ商號ノ登記ハ右ノ如キ效力ヲ生ス學者之ニ商號專用權ノ名稱ヲ用ユ此名稱ハ大體ヲ説明スルモノトシテハ誤ニ非スト雖モ完全ナル名稱トハ云フヘカラス何トナレハ營業ヲ異ニスル場合ハ勿論不正ノ競争ノ目的ヲ以テ爲スノ事實アルニ非サレハ他人カ同一ノ商號ヲ用キルヲ妨ケス加之舊商法施行前ノ商號ニ付テハ特例ヲ認ム（商施一三條）從テ同市町村内ニ於テ同一ノ營業ノ爲メニ二人以上カ同一ノ商號ヲ使用スルコトアリ得レハナリ予ハ寧ロ商號權（Firmname-right）ト云フノ勝レルヲ信ス

三 商號權ハ此ノ如ク他人ノ商號選定ノ自由ヲ制限スト雖モ商號權ハ元來其名ノ示ス如ク商號權ナリ商號トシテ選定シタル名稱其物ノ上ニ有スル權利ニアラス從テ他人カ同一ノ名稱ヲ商標ニ又ハ品名ニ用キル如キハ毫モ妨ナシ

商號ノ登記ハ他人ノ商號選定ノ自由ヲ制限ス然レトモ此制限ハ其必要アル間ニ於テノミ之ヲ認ム既ニ登記シタル商人カ其商號ヲ廢止又ハ變更シタル後ハ最早他人ノ自由ヲ制限スヘキ謂ハレナキナリ故ニ其商人カ商號ノ廢止又ハ變更ヲ登記セサルトキハ利害關係人ハ其登記ノ抹消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得（二四條）此場合ニ於テ裁判所ハ相當ノ期間ヲ定メテ異議申立ノ催告ヲ爲シ異議ノ申立ナキトキハ其登記ヲ抹消ス異議ノ申立アリタルトキハ決定ヲ以テ裁判ヲ爲ス（非訴一六五條）此規定ハ商人カ登記シタル商號ヲ廢止又ハ變更シタル場合ニ於テ其廢止又ハ變更ヲ登記セサルノ自由ヲ有スルコトヲ示スモノニ非ス何トナレハ其廢止變更ハ自ラ又登記ヲ爲スヘキ事項ナレハナリ（一五條）而シテ商法ハ單ニ廢止ト變更トノ場合ノミヲ規定スト雖モ廢止ノミカ商號消滅ノ唯一ノ事由ニ非ス故ニ例ヘハ商人カ營業ノ本據ヲ他ノ市町村内ニ移轉シタルトキノ如キハ舊町村内ニ於ケル商號權ハ消滅スヘキモノニシテ是レ亦登記スヘキ事項ニ屬ス



之ヲ登記セサルトキニ付テモ商法第二四條ノ規定ノ適用アリト謂ハサルヘカラス  
 商號權ハ登記ニ因リテ生ズ選定ニ因リテ生ズルモノニ非ス故ニ選定ノ前後ハ商號權ノ發生ト何  
 等ノ關係ナキナリ  
 商號權ノ法律上ノ性質ニ關シテハ權利ノ分類ノ問題ト相牽連ス權利ヲ公權、私權ニ別ツトキハ  
 商號權カ私權ナルコト更ニ疑ヲ容レズ獨リ「ハーブ」一派ハ公權ナリト唱道スレトモ其可ナル  
 所以ヲ知ラス權利ヲ絕對權、相對權ニ區別スルハ必スシモ明白ナラス何トナレハ絕對權ハ對世  
 的ニ不行爲ヲ要求スルヲ本質トシ相對權ハ特定人ノ行爲又ハ不行爲ヲ要求スルヲ本質トナス  
 説クテ一般學者ノ説トスレトモ相對權ト雖モ觀察點ヲ異ニスルトキハ亦對世の效力ヲ有セサル  
 ニアラス今假ニ二者ノ區別ヲ普通ノ意義ニ解シ之ヲ正當ナリトスルトキハ商號權ハ其前者ニ屬  
 ス (Cosack § 16 s. 18, Staud. ann. 3 zu § 17) 然レトモ此商號權カ他人ノ不行爲ヲ要求スル効  
 力ニ於テハ其範圍狹少且薄弱ナルハ論ナシ即チ同市町村及ヒ同一營業ニ付キ對世の效力アルニ  
 止マルヲ以テナリ次ニ權利ヲ人格權、財產權ニ區別シ其何レニ屬スルヤニ付テハ學者或ハ登記  
 シタル商號ニ付テハ財產權ナリトシ登記セサル商號ニ付テハ人格權ナリトスト雖モ予ハ之ニ賛  
 同スルコト能ハス人格權カ登記ト云フ事實ニ因リテ人格權タル性質ヲ失ヒ一變シテ財產權ト爲  
 ルハ予ノ理解スル能ハサル所ナリ加之人格權ノ性質ニ付テモ亦明白ナラス「ギールケ」ハ人格  
 權ノ定義ヲ與ヘテ其カ自己ノ人格範圍ヲ形成スル要素ナリト爲シ生命、身體、名譽、自由、氏

名、標章其他精神の製作物皆人格權ノ目的ナリトセリ其當否ハ姑ク之ヲ論セスト雖モ我商法上  
 ノ解釋トシテハ一種ノ財產權ナリト云フヲ正當ナリト信ス財產權ナリト雖モ物權ニ非ス債權ニ  
 アラス一種特別ノ財產權ナリ

果シテ然ラハ登記セサル商號ニ付キ商號權アリヤ否ヤ予ハ消極的ニ之ヲ斷定セント欲ス抑、權  
 利ノ本質ニ關シテハ學說多端ナリト雖モ法律ノ保護シタル或モノナルコトハ疑ヲ容レズ從テ法  
 律ノ保護セサルモノハ縱令行爲ノ自由アリトスルモ真正ノ意義ニ於ケル權利ニ非ス真正ノ意義  
 ニ於テ權利トハ法律ノ保護スルコトヲ要シ法律ノ保護スルコトハ其半面ニ於テハ禁止の效力  
 (Verbotungsgerecht) ヲ有スルコトヲ意味ス登記セサル商號ニハ寸毫此種ノ效力ナシ故ニ登記セサ  
 ル商號ハ商號權ノ基礎タルコトヲ得ス之ヲ人格權ナリト斷シテ憚ラサルニ至テハ予ハ權利ノ意  
 義ヲ知ラサルノ論ナリト信ス併ナカラ此ニ注意スヘキハ舊商法施行前ヨリノ商號ヲ使用スルモ  
 ノハ商號登記者ヨリ使用ノ停止ヲ請求セラレサル權利ヲ有ス而シテ此商號カ一種ノ禁止の效力  
 ヲ有シテ一種ノ權利タルコトハ更ニ多言ヲ須キサルナリ

#### 第四節 商號ノ讓渡

登記セサル商號ニ付テハ權利ノ觀念ナキハ前款ニ述フル所ノ如シ既ニ權利ノ觀念ナクシテ他人  
 ノ自由選定ノ範圍ニ屬スル以上ハ之ニ付テ法律上ノ讓渡アルヘキノ理ナシ從テ商人カ自己ノ登

記セサル商號ヲ廢止シ將來之ヲ使用セサルヘキコトヲ目的トスル契約ハ必スシモ無効ニアラスト雖モ之ヲ以テ純理上商號ノ讓渡ナリト解スルハ誤謬ナリト換言スレハ此種ノ契約ハ唯或不行為ヲ目的トスル一種ノ債權關係ヲ發生スル法律行為タリ商法第二一條ハ單ニ商號ノ讓渡ト規定シ其登記シタルモノト登記セサルモノトヲ區別セサルカ如シト雖モ登記セサル商號ハ此規定中ニ包含セサルモノト解釋セサルヘカラス、

登記シタル商號ニ付テハ商號權アリ商號權ハ一種ノ財產權トシテ之ヲ讓渡スコトヲ得商法ハ單ニ商號ノ讓渡ト云ヒ商號權ナル語ヲ用キスト雖モ商號權ヲ意味スルコトハ事理ノ當然トス

商號讓渡行為ノ實質如何讓渡人カ商號ノ使用ヲ止メ讓受人カ其商號ト同一ノ名稱ヲ商號トシテ選定スルモノナルカ將タ恰モ物權ノ移轉ノ如ク同一ノ商號カ讓渡ノ目的トシテ移轉スルモノナルカ商法上之ヲ解決スヘキ直接ノ明文ナシト雖モ予ハ同一ノ名稱ニ關スル商號權カ其儘ニ於テ移轉スルモノト解スルヲ正當ト信ス或ハ商號權ヲ以テ人格權トナシ人格權ナルカ故ニ移轉スヘカラス從テ商號ノ讓渡ハ一方ニ商號權ノ拋棄アリ他方ニ商號ノ選定アルナリト説明ス(日本商法論一卷三〇二頁)ト雖モ前提カ誤レリ斷定ノ誤謬寧ロ當然トス「クンツ」一派ノ如ク總テノ權利ノ移轉ヲ認メスト論スルハ或ハ傾聽ノ價值ナキニ非ストスルモ然ラスシテ此說ヲ爲スハ人格權說ヲ奉スルノ過ニ出ツ

商號ノ讓渡ハ諾成契約ニシテ何等ノ形式ヲ必要トセスト雖モ第三者ニ對抗スルニハ登記ヲ爲ササルヘカラス(二一條)登記ハ讓渡ノ形式ニアラス登記ヲ爲ササル以前ニ於テモ第三者ハ之ヲ承認スルヲ妨ケス

商號ノ選定ハ自由ナリ(七二頁)商號ノ讓渡ノ自由ナルハ當然ノ結果ナリ然レトモ亦自ラ左ノ如キ制限ナキコトヲ得ス

(甲)選定ノ自由ニ對スル制限ヨリ生スル制限 (一)自然人タル商人ハ會社ノ商號ヲ讓受クルコトヲ得ス其讓渡ノ契約ハ法律上不能ノ目的ヲ有スル無効ノ契約ナリ學者或ハ會社ノ商號ヲ讓受ケタルトキト雖モ商號トシテ之ヲ續用スルコトヲ得ス(商法原論一卷二〇〇頁)ト論スト雖モ斷シテ誤ナリ商法第一八條第一項後段ニ會社ノ營業ヲ讓受ケタル場合ヲ規定シタルハ會社ノ商號ヲ會社ニアラサル者ニ讓渡シ得ルコトヲ認メタル證左トスルヲ得ス又商法第二一條、第二二條ハ此ノ如キ讓渡ヲモ認メタル左券トナラス(二)會社ノ商號ニハ特種ノ文字ヲ用キルコトヲ要ス(七五頁)故ニ會社ハ自然人又ハ異種ノ會社ノ商號ヲ讓受クルコトヲ得ス之ヲ讓受クルコトヲ目的トスル契約ハ無効ナリ之ヲ有效ナルカ如ク論スル(商法原論一卷二〇〇頁)ハ誤ナ

リ  
(乙)商號ノ性質ヨリ生スル制限 (一)商號ハ商人ノ名稱ナリ是ニ於テラカ商號讓受人當時ニ於テ讓受人カ商人タルコトヲ要スルカノ問題ヲ生ス營業ト商號トヲ併セテ讓受タル場合ハ論スルマテモナシ故ニ商人タラサル者ト雖モ讓渡ノ當事者ト爲ルコトヲ得然ラハ商人ニアラサル

者カ商號ノミヲ讓受クルコトヲ得ルカ予ハ此契約ヲ以テ無効ナリトハ云ハスト雖モ其契約ノ性質ヲ解シテ商號讓渡ノ契約トナスハ正當ニアラスト信ス故ニ商號ノ讓受人カ讓受ノ當時ニ於テ既ニ商人タリシコトヲ必要トセサルモ其讓受ノ後ハ商人トナルモノナルコトヲ要ス(二)同一ノ營業ノ爲メニスルニアラサレハ商號ヲ讓受クルコトヲ得サルヤ予ハ之ニ對シテ純理上積極ニ解スヘキモノト信ス何トナレハ同一ノ營業又ハ類似ノ營業ノ爲メニスルニ非サレハ同一ノ商號ヲ選定使用スルコトハ本來自由ナルヲ以テ之ニ付キ讓渡ノ問題ヲ生ゼサルナリ然レトモ此種ノ契約ヲ以テ絕對ニ無効ナリト云フニハアラス一種ノ不作爲ヲ目的トスル債權ヲ生スト解スルナリ學者或ハ商號ハ特種ノ營業ニ付テノミ效力アルモノナレハ讓渡人ト同種ノ營業ヲ營マサル者カ縱令商號ヲ讓受クルモ讓渡人ト同一ノ商業ヲ開業スルニアラサレハ之ヲ續用スルコトヲ得スト論ス(日本商法論一卷三〇〇頁)ルニ予ハ斷シテ誤謬ナリト信ス(三)商號ハ商人ノ營業上ノ名稱ナリ商人ノ名稱ニシテ營業ノ名稱ニ非ス而シテ其名稱ハ自由ニ之ヲ撰擇スルコトヲ得ルノミナラス之ヲ選定スルコト否トハ會社ヲ除ク外ハ本來自由ニ在リ故ニ營業ト共ニ或ハ分離シテ之ヲ讓渡スルコトヲ得(四)甲市町村ニ於テ登記シタル商號ヲ乙市町村ニ於テ營業スル者ニ讓渡スルコトアリヤ否ヤ之ニ付テモ予ハ消極ニ答フルヲ正當ト信ス蓋シ商號權ノ效力ノ及フ範圍ハ甲市町村ノ區域内ニ在リ此市町村以外ニ及フモノニアラス又此市町村外ニ於テハ商號ノ選定ハ本來自由ナリ從テ讓渡ノ契約ハ無効ト謂ハサルヘカラス唯

當事者ノ意思カ一方ニ同一商號ヲ使用セスト云フ不作爲ノ義務ヲ負擔セシムルニ在ルトキハ此契約ハ必スシモ無効ニハアラサルナリ

## 第五章 營業

### 第一節 營業ノ意義

營業(Geschäft, Handelsgeschäft)ニハ二様ノ意義アリ動の意義ニ於テハ商人カ基本的商行爲ヲ爲ス作用(Thätigkeit)ノ一團ヲ總稱シ靜の意義ニ於テハ其作用ノ目的及ヒ之ニ關スル事實上並ニ法律上ノ關係ヲ總稱ス(Behrend I. 37 s. 202)我商法上ノ營業ナル文字ハ或ハ動の意義ヲ有シ或ハ靜の意義ヲ有ス例ヘハ營業所(九條)ト云フ營業ノ文字ハ前者ニシテ其他其類例ニ乏シカラス(一九條、二〇條、二六五條、二七一條等)而シテ營業ノ讓渡(二三條、二三條)ト云フカ如キハ後者ニ屬ス前者ハ作用其モノヲ示シ後者ハ財産の内容ヲ表示ス而シテ動の意義ニ於ケル營業ノ觀念ハ商人ノ意義ノ中ニ既ニ論述シタルカ故ニ茲ニハ唯靜の意義ニ於ケル營業ノ觀念ヲ説明ス

靜の意義ニ於ケル營業トハ即チ營業上ノ財産ヲ謂フ而シテ營業上ノ財産カ積極的財産(Geschäftstaskien)ト消極的財産(Geschäftspassiva)トモ成メトハ學說ノ一致スル所ナリ(Hall, I. s. 109, Demburg, pr. priv. R. v. I. s. Behrend I. s. 202)其積極的財産ハ之ニ三箇ノ部分ニ大

別スルコトヲ得(一)營業ノ目的ノ爲メニ備ヘタル有體物(例ヘハ商品、店舖、商業帳簿等ノ如シ)(二)營業ニ關シテ生シタル權利(例ヘハ商號權、商標權、專賣特許權、意匠權等ノ如キ是ナリ)(三)商人カ將來其營業ニ依リテ利益ヲ享受スヘキ希望(Chance)例ヘハ得意、營業上ノ秘密ノ如キ是ナリ)而シテ消極的財産トハ總テ營業上ノ債務ヲ包含ス(Petend § 37, 203)營業上ノ財産(客觀的營業)ハ第一ニ之ヲ營業ノ資本ト區別セサルヘカラス商人カ一定ノ財産ヲ資本ニ供シタルトキハ其資本ハ最早一定不動ノ數額ナリ即チ商人カ積極的ニ之ヲ増加シ又ハ減少スルニ非サレハ決シテ其數額ハ動かサルナリ之ヲ動カスモノハ唯其商人アルノミ經濟界ノ變動者クハ物價ノ高低ノ如キハ資本ノ増減ヲ來タスモノニ非ス學者カ資本ヲ以テ理想的ノ數額ナリト説明スルハ此理ヲ謂フナリ營業上ノ財産ハ全然之ニ反ス商人ノ手腕乃至經濟上ノ變動、物價ノ高低ハ忽チ其數額ヲ増減スル力ヲ有ス故ニ營業財産ハ刻一刻増減スルヲ免レス而シテ其額カ資本ノ額ニ超ユルトキハ茲ニ利益アリト稱シ之ニ下ルトキハ茲ニ損失アリト稱ス學者カ營業上ノ財産ヲ稱シテ現實的ノ數額ナリト説明スルハ此謂ナリ而シテ此區別カ最モ嚴格ニ法律上ニ表ルルモノヲ株式會社トス

營業上ノ財産ハ第二ニ之ヲ商人ノ財産ト區別セサルヘカラス營業財産ハ其商人ノ財産タルニハ相違ナキモ商人ノ財産必スシモ營業ノ財産ニ非ス例ヘハ百萬圓ノ財産ヲ有スル者カ或營業ヲ爲スカ爲メ三十萬圓ノ資本ヲ投下シ現今四十萬圓ノ營業財産ヲ有スル場合ノ如キ是ナリ而シテ營

業上ノ利益損失ハ一ニ之ニ投下セラレタル資本ヲ標準トシテ算定スルヲ以テ營業上多大ノ利益ヲ示スト雖モ商人ノ財産ハ全體トシテ減少セルコトアリ營業上多大ノ損失ヲ來セルトキト雖モ商人ノ財産カ増加セルコトアリ是レ營業財産ト商人ノ財産トハ其觀念ヲ一ニセサルノ結果ナリ然リト雖モ茲ニ忘ルヘカサルコトハ營業財産ト商人ノ財産トハ法律上何人ニ對シテモ對抗シ得ヘキ區別ニアラサルコト是ナリ換言スレハ法律上ノ效力ヲ有スル財産ノ分離アルニアラス例ヘハ商人カ其財産ノ一部ヲ以テ營業ヲ爲ス場合ニ於テモ營業上ノ債權者ニ對シテハ自己ノ財産ノ全部ヲ以テ責任ヲ負擔セサルヘカラスハ此結果ナリ(相續ノ場合ニ於ケル財産ノ分離ト比較シテ考フレハ明白ナラン)此點ニ付テハ今日ノ學者敢テ或ハ疑フ者ナシ獨リ「ベッケル」ノ如キハ嘗テ反對ノ說ヲ唱導シタリト雖モ其誤謬タル多辯ヲ須キス唯會社ハ其目的ノ範圍内ニ於テノミ人格ヲ有スルノ結果會社ノ財産ハ全部營業ノ財産ナリ從テ會社ニ付テハ事實上及ヒ法律上二者ノ區別ヲ爲スヘカラサルナリ(商人ノ資本ト商人ノ財産トモ亦之ト同様ニ區別セサルヘカラス

抑、營業ノ財産ハ事實ニ於テ之ヲ他ノ私有財産ト區別シ營業ノ爲メニスル資本ト他ノ私有財産トヲ區別スルハ世ノ實例ニ乏シカラス而シテ代理權ハ本人ノ死亡ニ因リテ消滅セサルノ原則ヲ認メ(二六八條)又商人カ數箇ノ營業ヲ爲ス場合ニ於テ破産シタルトキハ各營業ニ關スル債權者ハ各其營業ニ屬スル財産ヨリ優先的ニ排濟ヲ受クルカ(舊商一〇四五條)如キハ營業財産ノ



獨立ヲ反證スルカ如ク見ユ是ニ於テカ「モムセン」ノ如キハ營業ノ獨立ヲ肯認スルニ至レリ  
 („Das Geschäft ist das eigentliche Verkärs weesen, selbständiger Träger des Kredit u der ges-  
 amten Handelstätigkeit; Der Prinzipal ist der erste Diener des Geschäfts“)然レキ我法律  
 上到底此觀念ヲ容ルヘカラス  
 營業上ノ財産ハ第三ニ之ヲ商法カ財産目録及ヒ貸借對照表ニ記載スヘキコトヲ命セル(二六條)  
 財産トハ多少其範圍ヲ異ニスルコトヲ忘ルヘカラス財産目録及ヒ貸借對照表ハ商人ノ財産ノ狀  
 態ヲ明カニスルヲ目的トス而シテ之ヲ明カニスル目的ノ一ハ債權者ヲ保護スルニ存ス之カ爲メ  
 ニハ例ヘハ商店ノ得意、顧客其他營業上ノ秘密ハ寧ロ何等ノ用ヲ爲サズ之ニ反シテ營業ノ全部  
 又ハ一部ヲ一團トシテ讓渡スル場合ニ在リテハ其得意、顧客等ハ却テ重要ナル經濟的價值ヲ有  
 ス此ノ如キ事由ヲ通觀スルトキハ靜的營業即チ營業財産トシテハ右等ノモノヲ包含スルハ明カ  
 ナリトスルモ財産目録、貸借對照表ニ表出スヘキ財産中ニハ之ヲ包含セスト解スルヲ正當ト信  
 ス(但反對說ナキニアラス)

## 第二節 營業ノ讓渡

營業ノ讓渡トハ靜的意義ニ於ケル營業財産ノ讓渡ヲ謂フ而シテ商號ハ商人ノ營業上ノ名稱ナリ  
 商號ト營業トハ經濟的ニハ相離ルヘカサル關係ニ立チ寧ロ商號ハ特種ノ營業ニ附隨シテ經濟

的價值ヲ有スルモノナレトモ法律的ニハ必スシモ不可離ノモノニ非ス故ニ營業ハ或ハ商號ト共  
 ニ或ハ之ト分離シテ讓渡スルコトヲ得(一一條、一二條一項、三項)而シテ其商號ト共ニスル  
 ト否トニ依リテ營業ノ讓渡トシテハ其效力ニ付キ別段ノ差別ナキナリ唯商號ノ讓渡ニハ嚴格ナ  
 ル意義ニ於テ制限アリ故ニ例ヘハ他ノ市町村ニ在ル者ニ商號ト共ニ營業ヲ讓渡シタリト云フ場  
 合ハ營業ニ付テハ純理的讓渡アリト雖モ商號ニ付テハ嚴格ナル意義ニ於ケル讓渡ナキコトヲ忘  
 ルヘカラス

營業財産ハ決シテ不可分ニ非ス故ニ分割讓渡アリ然レトモ其全部ノ讓渡ト一部ノ讓渡トハ效力  
 ニ於テ理論上差別ナキヲ以テ茲ニハ之ヲ全部ノ讓渡トシテ説明スヘシ

抑、營業財産ヲ構成スル分子ハ一ニシテ足ラス動産アリ不動産アリ債務アリ有價證券  
 アリ商號權、特許權、著作權等ノ特種ノ權利アリ從テ營業財産ハ必スシモ法律行為ノ單純ナル  
 目的トナリ得ヘキモノニ非ス此結果各種ノ構成分子ニ付キ各別ニ其效力ヲ現出セサルヘカラス  
 例ヘハ動産ニ付テハ引渡、不動産及ヒ船舶ニ付テハ登記、債權ニ付テハ其性質ニ從ヒテ夫夫對  
 抗條件ヲ充實スヘキ其他特許權、著作權、商標權、意匠權、實用新案權ノ如キニ付テモ夫夫其  
 對抗條件ヲ充實スルコトヲ要ス

夫レ此ノ如シ然ラハ營業讓渡ノ契約ハ一箇ノ契約ナリヤ數箇ノ契約ナリヤ例ヘハ營業讓渡ヲ目  
 的トセル一箇ノ契約ナリヤ或ハ動産讓渡契約、不動産讓渡契約、有價證券讓渡契約、特許權讓



渡契約等ノ諸種ノ契約カ併合セルモノナリヤ此問題ハ必スシモ單純ナル問題ニアラスト雖モ其歸著ハ契約ト其目的トノ關係ニ存シ寧ロ民法法律ノ範圍ニ屬ス今之ヲ詳説スル邊ナシト雖モ目的ノ數種ハ必スシモ法律行為ノ數箇ヲ來スモノニアラサルカ故ニ學者之ヲ一箇ノ契約ナリト説明ス(Belrend, I. § 37, ann. 16 s. 207)予モ亦之ニ贊同セント欲ス

然レトモ營業讓渡ノ契約ハ純理上讓渡契約ナリト云フコトヲ得ヘキカ我國ノ學者殆ト此點ニ論及セスト雖モ我私法上注意ヲ值スル問題ナリト信ス其故ハ他ナシ營業財産ノ中ニハ債務ヲ包含ス而シテ我民法上債務ノ讓渡ナルモノヲ認メス又我民法ハ獨國民法ノ如ク債務ノ引受ナルモノヲ認メス此結果トシテ債務ニ付テハ讓渡ナルモノナシト謂ハサルヘカラス果シテ然ラハ營業ノ讓渡アル場合ニ於テ其營業ニ包含セラルル債務ハ更改セラルルモノナルカ我民法ノ解釋トシテハ然リト斷スルノ外ナカルヘシ是ヲ以テ營業讓渡ノ契約ハ債務ノ更改ヲ包含スト云ハサルヘカラス(民五一三條乃至五一八條)

營業ノ讓渡ハ法理上其文字ノ示ス如ク「營業」ノ讓渡ナリ「營業」ノ讓渡ナルカ故ニ其讓受人ハ其營業ヲ繼續スルノ意思ヲ有セサルヘカラス(必スシモ事實上繼續アルコトヲ要セス)故ニ例ヘハ商舖ニ存在スル商品ハ一ノ營業財産ノ構成分子タリト雖モ之ヲ普通ノ顧客ニ賣却スルハ「營業」一部ノ讓渡ニ非スシテ普通ノ賣買ニ外ナラス又營業財産ノ構成分子タル諸種ノ財産、物件全部ヲ賣却ストスルモ讓受人ニ於テ其營業ヲ繼續スルノ意思ナキニ於テハ是レ亦營業ノ讓渡

ニ非ス普通ノ賣買ナリ從テ商法カ營業ノ讓渡ノ當然ノ效果トシテ規定スル如キ效果ヲ生スルコトアラサルナリ法理上此二者ノ區別ヲ明劃ニセサルヘカラス夫レ此ノ如ク同一ノ法律行為ニシテ營業ノ讓渡タルコトアリ然ラサルコトアリトスレハ營業讓渡ヲ目的トスル法律行為ニハ一方ニ營業ヲ讓渡スル意思ヲ有シ他方ニ營業ヲ讓受タル意思ヲ有スルコトヲ要件トスルカ將タ讓受人又ハ讓渡人ノ何レカ一方カ其意思ヲ有スレハ可ナルカ此問題ニ付テハ予ハ當事者ノ雙方ニ其意思アルコトヲ必要ナリト信ス其意思ニ付キ錯誤アリタルトキハ民法ノ所謂法律行為ノ要素ニ錯誤アリタルモノト信ス蓋シ行為ノ外形ハ同一ナリト雖モ例ヘハ普通ノ賣買ナルト營業ノ讓渡ノ賣買ナルトニ依リ大ニ法律上ノ效果ヲ異ニスル所アルヲ以テナリ

營業ノ讓渡ハ上述ノ如ク讓受人ノ營業ノ繼續ヲ豫想ス從テ讓渡人ハ讓受人ノ營業上ノ利益ヲ害スヘカラス此點ハ即チ營業讓渡ノ效力ノ主要ナルモノニシテ學者之ヲ競爭禁止(Konkurrenzverbot)ト稱ス詳言スレハ讓渡人ハ同一市町村內ニ於テ二十年間同一ノ營業ヲ爲スコトヲ得サルヲ本則トス(一二條)

(一) 同市町村 市町村ノ同一ハ何ヲ標準トシテ判定スヘキカ法文上明白ニアラス其住所所在地ヲ標準トスルカ營業所所在地ヲ標準トスルカ將タ營業行為地ヲ標準トスルカ殆ト明白ナラス併ナカラ諸種ノ點ヨリ綜合スルニ營業所所在地ノ同市町村ト解スルヲ妥當トスヘキニ似タリ抑、競爭禁止ハ讓受人ノ營業上ノ利益ヲ殺カサルコトヲ精神トスルモノナレトモ事情ニ

依リ其住所ヲ標準トシテハ此目的ヲ達セサル場合アリ或ハ營業所所在地ヲ標準トスルモ亦此目的ヲ達セサル場合アリ是故ニ寧ロ營業的作用ノ競争衝突ヲ避クル精神ヨリシテ營業的作用ヲ爲スノ現實ノ地ヲ標準トスルノ可ナルニ似タリト雖モ解釋上不適ノ論タルヲ免レス蓋シ營業的作用ヲ爲スノ地カ數町村數府縣ニ亘レル場合ニ於テハ皆之ヲ競争禁止地トセサルヘカサルニ商法第二條第二項ハ一府縣ヲ最大ノ範圍トスルヲ以テ商法ノ眞精神ハ此ニ在ラザリシモノト解セサルヘカラス（立法論トシテハ商法ノ規定ハ不完全ナリト信ス）從テ住所又ハ營業所ノ所在地ヲ標準トスルノ外ナク而シテ予カ特ニ營業所所在地ヲ採レル所以ハ一ハ商法カ特ニ營業所ノ制度ヲ認メタルト競争禁止ノ精神ニ照シテ此斷論ヲ爲スノ妥當ナルトヲ信スルカ故ナリ而シテ同市町村ハ法定ノ地域ナリ營業讓渡ヲ爲シタルモノハ特約ナシト雖モ當然ニ此制限ヲ受ク併シ此制限ハ本來讓受人ノ利益ヲ圖リタルモノナルヲ以テ特約ヲ以テ之ヲ狭クスルハ可ナリ又之ヲ廣クスルコトヲ妨ケス但之ヲ廣クスル場合ニ於テモ同府縣ヲ以テ最廣限度トス（二條）

（二）二十年間 法定ノ期間ハ二十年ナリ之ヲ短縮スルコトヲ得ルハ論ナク又之ヲ延長スルコトヲ得但三十年ヲ超ユルコトヲ許サス（二條）故ニ特約ヲ以テ先ヅ十五年ト定メ後日更ニ十五年ヲ延長スルコトヲ得ヘキモ更ニ二十年ヲ延長スルハ不可ナリ加之三十年ト定メタル場合ニ於テ其終期ニ至リ此契約ヲ更新スルコトヲ得サルハ蓋シ論辯ヲ須キス

（三）同一ノ營業 營業ノ同一ナルヤ否ヤハ絶對的意義ニ於テ判スヘキモノニアラス事口營業ノ種類ヲ同シウスルトキハ此ニ營業ノ同一アリト云フヘキナリ學者或ハ營業ノ方法サヘ異ナレハ其種類ヲ同シウスルモ同一ノ營業ニ非スト説明スト雖モ此ノ如キハ全然競争禁止ノ精神ヲ沒却スルモノナリ予ハ營業方法ノ如何ハ營業ノ同一ト何等ノ關係ナキヲ斷セント欲ス之ヲ要スルニ營業讓渡人ハ以上ノ競争禁止ノ制限ヲ受クルノミナラス地域及ヒ期間ノ制限ナク不正ノ競争ノ目的ヲ以テ同一ノ營業ヲ爲スコトヲ得サルナリ（二條三項）然レトモ競争禁止ハ一ニ讓受人ノ營業上ノ利益ヲ保護スルヲ目的トスルヲ以テ保護スヘキ讓受人ノ利益ナキニ至リタルトキハ競争禁止ハ當然ニ消滅ス例ヘハ讓受人カ營業ノ種類ヲ變更シ又ハ營業ヲ廢止シタルトキハ競争禁止ハ當然ニ消滅スルナリ

競争禁止ノ内容及ヒ消滅ハ大略上述ノ如シ而シテ今之カ説明ヲ終ルニ臨ミ左ニ之ニ關スル問題ヲ提出シ以テ研究ノ材料トセントス

一 當事者ノ特約ヲ以テ競争禁止ノ制限ヲ全廢スルコトヲ得ルカ

二 競争禁止ノ效力ヲ一定ノ異市町村又ハ異府縣ノ地域ニ定ムルコトヲ得ルカ

三 特約ヲ以テ競争禁止ノ期間ヲ十五年ト定メタル場合ニ於テ

（イ）其期間ノ末日ニ於テ更ニ二十年ヲ延長スルコトヲ得ルカ

（ロ）其期間ノ末日ニ於テ其契約ヲ更新シ更ニ尙フ三十年ト定ムルコトヲ得ルカ

(ハ) 其期間ノ經過シタル後ニ於テ更ニ一定ノ期間ヲ特約スルコトヲ得ルカ  
四 特約ヲ以テ競争禁止ノ期間ヲ三十五年ト定メタルトキハ其特約全部ヲ無効トスルカ將タ三  
十年ヲ限度トシテ有效トスルカ

五 讓受人カ其營業所ヲ他ノ市町村ニ移シタルトキハ競争禁止ハ尙ホ其效力ヲ存續スルカ  
六 競争禁止ノ繼續期間内ニ於テ讓受人カ其營業ヲ第三者ニ讓渡シタルトキハ讓渡人ハ其第三  
者ニ對シテ殘餘ノ期間内競争禁止ノ義務ヲ負擔スルカ

### 第三節 營業所

營業所 (Handelsniederlassung,tablissement) トハ商人ノ營業上ノ本據ヲ謂フ商人ニアラサレ  
ハ營業所ヲ有セス又營業上ノ本據ナルヲ以テ營業ヲ指揮監督スル主腦ノ存スル所ナラサルヘカ  
ラス而シテ何レノ地ニ之ヲ設定スルカハ一ニ商人ノ自由ニ在リ其選擇ニ付キ何等ノ形式ヲ要セ  
ス何等ノ制限ナキヲ原則トス唯會社ニ於テハ之ヲ定款ニ記載シ且登記セサルヘカラス(四四條  
二項、五〇條二號、五一條一號、一〇五條、一二〇條六號、一四一條、二三七條、二三六條)  
併ナカラ定款上ノ記載ト之カ登記トハ會社ノ本據ヲ定ムル效力ヲ有セサルハ論ナシ何トナレハ  
營業上ノ本據トハ單ニ營業ニ關ス故ニ生活ノ本據即チ住所トハ其意義ヲ異ニス故ニ自然タル

商人ニ付テハ營業所ト住所ト同一ナルコトアリ相異ナルコトアリ唯會社ハ營業ノ目的ノ範圍内  
ニ於テノミ存立スルヲ以テ營業所ヲ有スルニ止マルノミ從テ其本店ノ所在地ヲ以テ會社ノ住所  
ト看做スノ外ナキナリ(四四條二項)而シテ營業所ト住所ト異ナル場合ニ於テ營業所ニ付キ特  
別ノ效力ヲ認メタルコト尠ナカラス例ヘハ債務履行ノ場所(二七八條)裁判管轄(民訴一六條)  
書類ノ送達(民訴一四四條一四六條)登記ノ場所(九條)又ハ破産ノ管轄(裁權二八條舊商九  
七九條破草一〇二條)ヲ定ムル等ノ如キ是ナリ

商人ハ同時ニ數箇ノ營業ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テ一箇又ハ數箇ノ營業所ヲ有スルコトヲ得  
ルハ論ヲ俟タス而シテ又一箇ノ營業ノ爲メニ數箇ノ營業所ヲ有スルコトヲ得サルニ非ス其  
箇ノ營業ノ爲メニ數箇ノ營業所ヲ有スル場合ニ於テ此ニ本店ト支店トノ關係ヲ生ス本店支店ノ  
關係ハ恰モ民法ニ所謂主物從物ノ關係ト相似セル所アリ從物カ主物ノ處分ニ從フカ如ク本店  
ノ消滅ハ同時ニ支店ノ消滅ヲ來ス併ナカラ本店ノ消滅ハ必スシモ從來支店タリシ營業所ノ消滅  
ヲ來スモノニ非ス尙ホ主物タル物カ消滅スルモ從物タリシ物カ法律上獨立ノ物トシテ存在スル  
カ如シ唯本店アリテ茲ニ始テ支店ナル觀念アリト云フノミ此ノ如ク支店モ一ノ營業所トシテ商  
人ノ營業財產ノ構成分子タリ故ニ營業全部ノ讓渡ノ場合ニハ支店モ亦其讓渡ノ目的ニ包含セラ  
ルト解セサルヘカラス而シテ本店及ヒ支店ヲ區別スヘキ標準ハ業務ノ繁閑、設備ノ大小等ニ存  
スルモノニ非ス唯營業ヲ指揮監督スヘキ中心首腦ノ何レニ在ルヤニ存スルモノト然レトモ支

店モ亦一種ノ營業所ナリ故ニ支店ニ在リテモ亦多少獨立ノ性質ヲ有セサルヘカラス全然本店ノ指揮命令アルニアラサレハ營業上ノ行動ヲ爲ス能ハサルモノハ支店ト云フヘカラス學者或ハ支店ニ關シ多少ノ獨立の性質ヲ必要ナリト唱フルハ之ヲ謂フナリ停車場、倉庫、代理店、製造場ト云フカ如キモノハ此獨立の性質ヲ有セサルカ故ニ支店ニ非ス而シテ學者或ハ支店ハ本店ト其地域ヲ異ニセサルヘカラスト云フモノアリ「カイスナー」一派ノ如キ是ナリト雖モ固ヨリ通説ニアラス商法第一〇條ノ規定ハ之ヲ必要トセル規定ニ非ス終ニ本店ト支店トカ同一ノ商人ニ屬セサルヘカラスハ論ナシ此商人ノ同一トハ本店ノ主人ノ實質上ノ利益ノ爲メニ支店カ營業ヲ爲ストノ意味ノミニ止マラス其營業カ本店ノ主人ノ名ニ於テ行ハルコトヲ謂フナリ彼ノ取次人ハ委託者ノ實質上ノ利益ノ爲メニ行爲ヲ爲スト雖モ取次人ノ營業所カ支店タルニ至ラサルハ此要件ヲ缺如スルヲ以テナリ若夫レ本店ト支店トハ同一ノ商號ナラサルヘカラスヤ否ヤニ付テハ商號ニ關スル理論ヨリ推究セサルヘカラス

## 第六章 商業使用人

### 第一節 商業使用人ノ意義

我商法ハ商業使用人ノ定義ヲ揭ケスト雖モ予ハ一定ノ法律關係ニ於テ一定ノ商人ニ隸屬シテ其營業ヲ補助スル者ヲ謂フト定義セント欲ス而シテ其一定ノ商人ヲ主人ト稱ス

- 一 主人ハ商人ナルコトヲ要ス商人タル以上ハ自然人タルト法人タルトヲ問ハス主人カ商人ニアラサレハ其營業ヲ補助スル者ト雖モ商業使用人ニ非ス
- 二 主人ハ一定スルコトヲ要ス故ニ委託者ノ誰タルヲ問スシテ營業ヲ補助スル者ハ一定ノ法律關係ニ基キテ之ヲ爲スモ固ヨリ商業使用人ニ非ス問屋又ハ仲立人カ商業使用人タラサルハ之カ故ナリ然レトモ一定ノ主人アルコトヲ要スト云フハ主人ハ一定ノ一人タルコトヲ要ストノ謂ニ非ス數人カ組合ヲ以テ一ノ營業ヲ爲ストキハ其主人ハ自ラ一定ノ數人ナラサルヲ得ス加之一人ノ主人ノ使用人ハ其主人ノ許諾ヲ受ケテ他ノ商人ノ商業使用人ト爲ルコトヲ得(三二條參照)
- 三 主人ト一定ノ法律關係ニ立タサルヘカラス其法律關係ノ何タルカハ場合ヲ分チテ判斷スルコトヲ要ス抑ハ商業使用人ニハ次節ニ述フル如ク或ハ法律行為ノミヲ爲スモノアリ或ハ勞務ノミヲ爲スモノアリ或ハ法律行為ニアラサル事務ノミヲ爲スモノアリ或ハ又是等ノ中二者又ハ三者ヲ併セ爲スモノアリ故ニ其法律關係ハ委任タルコトアリ準委任(民六五六條)タルコトアリ雇傭タルコトアリ將タ其中ノ二又ハ三ノ關係ヲ併セタルコトアルハ事理ノ當然トス此結果トシテ雇傭關係ヲ以テ商業使用人ノ本質ノ一トシ之ヲ定義中ニ掲クル學者少ナカラサルトモ(松本學士商法原論一卷二四五頁)其誤謬ノ見タルハ敢テ帷ムニ足ラサルナリ商法第三五條カ主人ト商業使用人トノ間ニ生スル雇傭關係ニ付キ民法ノ規定ヲ適用スルコトヲ妨ケス



ト規定スルハ主人ト商業使用人トノ法律關係ヲ必ス雇傭關係ナリト定メタルモノニ非ス然ラハ此規定ノ真意義如何ト云フニ雇傭關係アルトキハ民法ノ規定ヲシテ本章ノ規定ニ先タシムルヲ認ムルモノト解スルノ外ナキナリ換言スレハ第三條ニ對スル變例タリ唯注意スヘキハ支配人カ番頭、手代其他ノ使用人ヲ選任スルコトアリ此場合ニ於テモ支配人ハ主人ノ代理人タル結果法律關係ハ矢張り主人トノ間ニ存スルモノナリ

四 主人ニ隸屬セサルヘカラス主人ニ隸屬スルヲ以テ商業使用人ハ固ヨリ商人ニアラス故ニ獨立ノ商人タル地位ニ在ル者ハ縱令他人ノ商業ヲ補助スルノ經濟的結果アルモ之ヲ商業使用人ト云フヘカラス代理商、問屋、運送人、運送取扱人仲立人等カ商業使用人ニ非サルハ之カ爲メナリ被後見人ニ代リテ商業ヲ爲ス後見人カ商業使用人ニアラサルモ亦同シ

商業使用人ノ意義大略上ノ如シ果シテ然ラハ會社ノ業務執行社員、會社代表社員取締役、監查役等ノ會社ノ機關ハ商業使用人ナリヤ否ヤ會社ハ法人トシテ商人タルカ故ニ恰モ是等ノ者ハ其商業使用人タルカ如キ外觀アリト雖モ商法ノ解釋トシテハ之ニ反對スルヲ正當ト信ス蓋シ取締役、監查役ニ付テハ特ニ之ヲ會社ノ機關ト名ケ業務執行社員及ヒ會社代表社員ニ付テハ特ニ機關ノ文字ヲ用ヤスト雖モ而モ俱ニ特別ノ規定ヲ設ケ特別ノ地位ヲ與ヘタルヨリシテ視レハ之ヲ商業使用人ノ範圍ニ含マシムルハ到底妥當ニ非ス又世ノ實際ニ於テモ會社ニ特別ノ支配人ヲ置ケル例ニ乏シカラス

## 第二節 商業使用人ノ種類

我商法ハ商業使用人トシテ支配人、番頭、手代及ヒ其他ノ使用人ヲ規定ス以下順次之ヲ解説ス

### 第一 支配人(Breuer)

支配人(舊商(代務人)トハ主人ニ代リテ其營業ニ關スル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行爲ヲ爲ス權限ヲ有スル商業使用人ナリ(三〇條一項)

一 支配人ハ商業使用人ナリ主人ハ必ス商人ナリ支配人ハ決シテ商人ニ非ス何トナレハ自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲スヲ業トスル者ニ非サレハナリ

二 支配人ハ營業上ノ使用人ナリ故ニ營業ニ關シテノミ活動ノ權限ヲ有ス營業ニ關セサル行爲ニ付テハ主人ニ代リテ之ヲ爲スヘキ權限ヲ有スルモノニ非ス併ナカラ實際上支配人タル者カ主人ニ代リテ營業ニ關セサル法律行爲ヲ爲スコトヲ得スト云フニ非ス此場合ニ於テハ別箇ノ資格ニ於テスルモノニシテ支配人タル資格ニ於テスルモノニ非ス而シテ支配人ノ此代理權ハ全般ニ亘ルヲ本則トシ裁判上又ハ裁判外ノ一切ノ行爲ニ關ス此法定ノ權限ニ付テハ更ニ細說ノ必要アリ

(イ) 其權限ノ範圍ハ法定ナリ故ニ苟モ支配人ト云フ以上ハ第三者ハ此權限アルモノト認



ムヘキモノトス是レ支配人ノ代理權ニ加ヘタル制限ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル所以ナリ(三〇條三項)固ヨリ此制限ヲ爲スノ法律行爲ヲ禁スルモノニ非ス其第三者ニ對抗スルコトヲ得サリシ場合ニハ主人ト支配人トノ間ニ賠償ノ問題ヲ生スルノミ

(ロ) 其權限ハ營業ニ關スル一切ノ行爲ヲ其範圍トスレトモ而モ營業ノ存在ヲ前提トナス故ニ營業ノ廢止又ハ變更、營業ノ讓渡其他營業ノ存立ト相容レサル事項ハ支配人ノ權限ニ屬セス要言スレハ支配人ノ權限ハ營業ト兩立シ得ヘキ範圍ニ於テ一切ノ行爲ヲ爲スノ權限ナリ

(ハ) 番頭、手代其他ノ使用人ノ選任及ヒ解任ハ營業ニ關スル行爲ナリヤ否ヤハ必スシモ明白ニ非ス故ニ商法第三〇條第二項ハ之ヲ支配人ノ權限ニ屬スヘキモノト明定ス此反對解釋トシテ支配人ハ支配人ヲ選任又ハ解任スルノ權限ヲ有セス(三〇條二項)主人ノ選任及ヒ解任ノ權ヲ制限セサルコトハ説明ヲ要セス

(ニ) 支配人ハ元來主人ノ營業ニ關スル一切ノ權限ヲ有スルヲ以テ原則トスト雖モ法律ハ又特ニ一定ノ制限ヲ認ム即チ本店又ハ支店ニ限定スルコトヲ認ム(二九條)此制限ハ登記ニ依リテ第三者ニ對抗スル效力ヲ生ス(三一條)

(ホ) 其權限ハ原則トシテ一箇ノ營業ニ關ス故ニ主人カ數箇ノ營業ヲ爲ス場合ニ於テハ各

營業ノ爲メニ各別ニ支配人ヲ置クコトヲ得此場合ニ於テハ一營業ノ支配人ハ他ノ營業ニ付キ何等ノ權限ヲ有セスト雖モ之ヲ以テ其代理權ニ加ヘタル制限ト云フヲ得サルハ亦明カナリ但法律ハ二箇以上ノ營業ニ付テ一人ノ支配人ヲ選任スルコトヲ禁止スルモノニハ非ス然レトモ此場合ニハ各營業ニ付キ各別ノ登記ヲ爲ササルヘカラス而シテ此場合ヲ代理權ノ擴張ト云フヘカサルハ論ヲ俟タス

(一) 支配人ハ必スシモ一箇ノ營業ニ關シテ一人タルコトヲ要スルニ非ス數人ノ支配人カ一ノ營業ニ干與スルモ毫モ妨クル所ナシ此數人ノ支配人アル場合ニ於テ共同ニ依リ若クハ多數決ニ依リテ其代理權ヲ行使スヘキコトヲ定メタルトキハ之ヲ以テ代理權ノ制限ナリト解スヘキヤ否ヤ學者或ハ曰ク高法ハ單ニ支配人ハ云云ト規定シ合名會社ノ社員ノ代表權ニ付テハ各社員云云ト規定スルヲ以テ合名會社ニ於テハ共同代表若クハ多數決代表ハ代理權ノ制限ナリト雖モ支配人ニ付テハ代理權ノ制限ト云ハサルヘカラスト論ス岡野先生ノ如キハ蓋シ此說ヲ抱持セラルルモノノ如シ然レトモ予ハ此說ニ賛同スルコト克ハ合名會社ノ社員ノ代表權ニ付テハ各社員云云ト規定スト雖モ是レ唯普通ノ場合ヲ見テ規定ヲ爲シタルノミ支配人ノ代理權ニ付キ各支配人ト云ハサルモ亦唯普通ノ場合ヲ見タルニ過キス各ノ一字ノ有無ヲ以テ此解釋ヲ左右セントスルハ決シテ妥當ト云フヘカラス而シテ共同支配人ノ場合ニ於テハ單ニ共同シテ代理權ヲ行使スルノ意義ナルコト當然ナ

ルヲ以テ固ヨリ其各支配人ノ意思表示カ同時ニ爲サレサルヘカヲサルノ意ニ非ス又明示ト默示トヲ區別セス而シテ支配人カ主人ニ代ハリテ商行爲ヲ爲ス場合ニ於テハ主人ノ爲メニスルコトヲ示ササルモ尙ホ代理ノ效力ヲ發生ス(二六六條)ルハ民法ニ對スル一變例ナリ

(ト) 支配人ノ代理權ニ關シテハ固ヨリ民法ノ代理ノ原則ニ從フヘキモノナリト雖モ主人ノ死亡ニ因リテ其代理權ハ消滅スルモノニ非ス(二六八條)

要スルニ支配人ノ權限ノ法定ノ範圍ハ此ノ如ク廣汎ナリ支配人ノ選任及ヒ其代理權ノ消滅カ第三者ニ對シ利害關係ヲ及ホスコト大ナルハ論ヲ俟タス故ニ其選任解任又ハ代理權ノ消滅ハ其支配人ヲ置キタル本店又ハ支店ノ所在地ニ於テ之ヲ登記スルコトヲ要ス(三一一條)主人ト支配人トノ關係ハ固ヨリ登記ニ因リテ成立シ若クハ消滅スルニ非ス唯登記ニ因リテ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルノミ而シテ其對抗力ニ付テハ固ヨリ一般ノ原則ニ從フ本店ノ所在地ニ於テ登記スヘキ事項ハ支店ノ所在地ニ於テモ亦登記スルヲ要ス(一一一條)ト雖モ支配人ニ付テハ本店ノミノ支配人又ハ支店ノミノ支配人アルカ故ニ本店ノミノ支配人ニ關スル事項ニ付テハ固ヨリ支店ノ所在地ニ於テ登記スルコトヲ要セス

支配人ハ上述ノ如キ廣汎ナル權限ヲ有シ主人ノ爲メ、自己ノ全力ヲ盡シテ其商業ニ從事スヘキ義務ヲ負フ故ニ主人ノ許諾ヲ得ルニ非サレハ自己又ハ第三者ノ爲メニ商行爲ヲ爲シ又ハ會社ノ無限責任社員ト爲ルコトヲ得ス(三二條一項)其商行爲ニ付テハ自己ノ爲メタルト第三者ノ爲メタルトヲ問ハス一時的タルト繼續的タルトヲ問ハス又主人ノ營業ノ範圍ニ屬スル商行爲ナルト否トヲ問ハス夫レ此ノ如ク支配人ハ主人ノ爲メニスル外商行爲ヲ爲スヲ得サルヲ本則トス去レト此禁止ハ支配人ノ犯禁行爲ヲ無効トスルモノニ非ス其行爲ハ完全ノ效力ヲ有ス唯支配人ハ損害賠償ノ責任ヲ負擔スルノミ而シテ商法ハ特ニ第三二條第二項ヲ設ケ以テ主人ノ利益ヲ保護シタリ即チ支配人カ自己ノ爲メニ爲シタル商行爲ニ付テハ主人ハ之ヲ自己ノ爲メニ爲シタルモノト看做スコトヲ得ルナリ併ナカラ、此權利ノ行使ハ決シテ直接ニ、第三者タル相手方ニ及フニハ非ス主人カ之ヲ自己ノ爲メニ爲シタルモノト看做スハ單ニ主人ト支配人トノ關係ニ於テ主人ヲシテ其經濟的利益ヲ取得セシムルニ過キス第三者タル相手方ニ對シ權利ヲ有シ義務ヲ負フ者ハ依然トシテ其犯禁行爲ヲ爲シタル支配人ナリ而シテ主人ノ此權利ハ主人カ其行爲ヲ知リタル時ヨリ二週間之ヲ行ハサルトキハ消滅ス行爲ノ時ヨリ一年ヲ經過シタルトキ亦同シ(三二條三項)此期間ハ時效期間ニ非ス故ニ時效ノ中斷若クハ停止ノ問題ヲ生セス然ラハ會社ノ無限責任社員ト爲ルコトヲ禁シタル所以、果シテ如何或ハ之ヲ説明シテ無限責任社員ハ會社ノ業務ヲ執行シ會社ヲ代表シ由テ會社ノ爲メニ商行爲ヲ爲スカ故ニ之ヲ禁シタルナリト爲セトモ不可ナリ何トナレハ若シ然リトセハ會社ノ爲メニスルハ即チ第三者ノ爲メニスルニ外ナラサルヲ以テ特ニ無限責任社員ニ付テ明言スルノ必要ナキノミナラス定款ノ規

定ヲ以テスルトキハ無限責任社員ト雖モ右ノ如キ權限ヲ有セサルコトアリ加之有限責任社員ト雖モ右ノ如キ權限ヲ有スルコトアレハナリ右ノ説明ハ何カ故ニ無限責任社員ニ付テ特ニ禁止ノ規定ヲ置キタルヤノ理由ヲ明カニスルモノト云フニ足ラス或ハ又此禁止ハ畢竟重大ナル責任ヲ負擔シテ直接至密ノ利害關係ヲ有セシムルハ自ラ主人ニ對シテ全カテ傾注スルコト能ハサシムル愛アル爲メナリト説明スルアリト雖モ此解釋モ亦寧ロ附會ナリ何トナレハ責任ノ輕重ハ一ニ經濟的觀察ニシテ苟クモ經濟的觀察タル以上ハ事實上無限責任カ必スシモ有限責任ヨリ大ナルニ非サレハナリ要スルニ此點ノ立法ノ精神ハ理論ヲ一貫シテハ説明スルコト能ハス予ハ寧ロ沿革の理由ト不明漠然ノ空想トニ基キテ此規定ヲ置カレタリト説明スルノ却テ真理ニ近キヲ信ス

## 第二 番頭、手代其他ノ使用人

番頭、手代ハ商業使用人中支配人ノ次位ニ在ル者ニシテ主人ノ營業ニ關スル或種類又ハ特定ノ事項ノ委任ヲ受ケタル者ナリ(三條一項)之ニ付テ説明スヘキ點凡ソ四アリ

一 番頭ト手代トノ區別ハ法律上ノ區別ニ非ス慣習上ノ名稱ヲ用キタルノミ  
二 番頭、手代ノ權限、範圍ハ支配人ノ權限ヨリ狭シ而シテ支配人ノ權限ハ法定ノ範圍ヲ有スルヲ以テ之ニ對スル制限ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト雖モ番頭、手代ノ權限ハ一ニ其主人トノ契約ニ依リテ定ルヘキカ故ニ其制限ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗ス

ルコトヲ得唯民法第一九條ニ依リ第三者ニ於テ權限アリト認ムヘキ正當ノ事由アリタルトキハ主人カ其責任ニ任スヘキ場合ヲ生スルコトアルノミ

三 或種類ノ事項ト云フハ例ヘハ販賣、買入又ハ支拂ト云フカ如ク一定ノ事項タルヘキコトヲ意味シ而シテ其權限カ其營業ノ全部ニ亘ルコトアリ一部ニ關スルコトアリ又特定ノ事項トハ個個別別ノ事項ヲ謂フモノニシテ例ヘハ店舗ニ充ツヘキ家屋ノ買入ト云フカ如キ是ナリ而シテ此二種ノ事項ヲ一人ニ併セ委任スルコトヲ妨ケサルハ説明ヲ俟タス

四 番頭、手代ハ苟クモ其委任ヲ受ケタル事項ヲ遂行スルニ必要ナル一切ノ行為ヲ爲ス權限ヲ有ス(三條二項)

番頭、手代及ヒ支配人ニアラサル使用人ニ付テハ商法ハ唯法律行為ニ關スル權限ヲ有セサルモノトスルノ推定の原則ヲ示スノミ(三四條)然レトモ是レ唯推定ノミ其權限ヲ有スルコトヲ禁スルニハ非ス

之ヲ要スルニ商法ハ支配人、番頭、手代及ヒ其他ノ使用人ノ三種ヲ規定ス此規定ハ制限の規定ナリヤ否ヤ予ハ「其他ノ使用人」ト明言シ且「其他ノ使用人」ニ付テハ單ニ推定の規定ヲ置クヨリ見テ必スシモ制限のニ非スト解スルノ正當ナルヲ信ス

## 第七章 商業帳簿

商業帳簿ノ制度ハ商人ノ財産ノ狀態及ヒ營業ノ狀況ヲ明カニスルヲ目的トス之ヲ明カニスルコトハ取引上ノ計劃行動ニ付キ獨リ商人自身ノ利益ナルノミナラス又之ト取引ヲ爲ス公衆ノ利益タリ故ニ商業帳簿ノ制度ハ商法編成上必ス研究セラルル問題ニシテ各國ノ立法例ヲ見ルニ大體之ヲ二大主義ニ別ツコトヲ得其一ハ放任主義ニシテ商業帳簿ノ設備ヲ以テ商人ノ義務トナササルモノ是ナリ英米法ノ如キハ之ニ屬ス其二ハ干涉主義ニシテ一定ノ商業帳簿ノ設備ヲ以テ商人ノ法律上ノ義務ト爲スモノ是ナリ而シテ此干涉主義ハ千八百七十二年佛、路易第十四世ノ勅令ヲ以テ最モ嚴酷ナル嚆矢トシ次テ千八百七十九年ノ商法編纂ニ際シ矢張り干涉主義ヲ採リ唯聊カ其制裁ヲ寛和シタルニ過キス而シテ之ヲ模範トシタル歐洲大陸諸國ノ立法ニハ干涉主義ヲ採レルモノ多シ

此ノ如ク放任主義ト干涉主義トノ別アルニ拘ハラズ放任主義ヲ採レル英米ニ於テモ事實上商人ハ商業帳簿ヲ設備スルヲ懈ラズ是レ商業ノ經營及ヒ商業社會ノ信用ノ爲メニ之カ設備ヲ完全ニスルノ必要アルヲ以テナリ

我商法ハ所謂干涉主義ヲ採ル然レトモ嚴酷ナル干涉主義ハ決シテ得策ニ非ス加之實際上商業帳簿ヲ設備スルノ實益ト必要トナキモノアリ是ヲ以テ一面我商法ハ小商人ニ付テハ商業帳簿ニ關スル規定ヲ適用セスト定メ(八條)他面ニハ會社ニ付キ之カ設備ヲ爲サス記載スヘキ事項ヲ記載セス又ハ不正ノ記載ヲ爲シタルトキニ制裁ノ規定(二六一條九號)ヲ設ケ個人タル商人ニ付

テハ此ノ如キ直接ノ規定ヲ設ケス唯過意破産又ハ詐欺破産ノ制度ヲ設ケ以テ間接ニ制裁ヲ置クノミ(舊商一〇五〇條一〇五一條)要スルニ我商法ノ主義ハ極テ寛大ナル干涉主義ト云フヘキナリ

我商法ノ認ムル商業帳簿ハ之ヲ三種トス日記帳、財産目録及ヒ貸借對照表即チ是ナリ併ナカラ日記帳ハ商法ノ命シタル名稱ニ非ス故ニ其實質ヲ具備スル以上ハ如何ナル名稱ヲモ用キルコトヲ得例ヘハ大福帳又ハ當座帳ト稱スルモ亦可ナリ

日記帳 (Tagebuch) ハ日日ノ取引其他財産ニ影響ヲ及ボスヘキ一切ノ事項ヲ記載スル帳簿ナリ(二五條一項) 苟クモ財産ニ影響ヲ及ボスヘキ事項ハ其種類ノ何タルヲ問ハス整然且明瞭ニ之ヲ帳簿ニ記載スルコトヲ要ス必スシモ營業ニ關スル行為ニ依ルト否トヲ問ハス又法律行為ナルト否トヲ問ハス然レトモ其記載ハ必スシモ日日ニスルヲ必要トセスト雖モ必ス各日別ニ且各事項別ニ之ヲ記載スルコトヲ要ス故ニ毎日分又ハ一週間分ヲ總括シテ記載スルコトヲ得ス然レトモ小賣ノ取引及ヒ家事ノ費用ヲ各日ニ各別ニ記載スルハ却テ其實益少ナクシテ而モ繁雜ノ嫌アリ故ニ商法ハ小賣ノ取引ニ付テハ現金賣ト掛賣トヲ區別シ日日ノ總額ノミヲ記載シ家事費用ニ付テハ一個月毎ニ其總額ヲ記載スルヲ以テ足レリトセリ併シ此限度ヲ踰エテ一層簡略ニスルコトハ之ヲ許ササルナリ唯會社ニ付テハ會社ハ法人ニシテ家ヲ有セス從テ所謂家事ナルモノナシ故ニ日常些細ノ費用ト雖モ之ヲ一個月ニ總括シテ記載スルコトヲ得スト論スル者アリ(志田



博士日本商法論一卷三二四頁然レトモ予ハ之ヲ偏狹ノ議論ナリト信ス抑、會社ニ於テモ例ハハ薪炭、石油「ランプ」火鉢等ノ備ヲ必要トス個人ニ在テハ之ヲ家事費用トシテ一括スルコトヲ得ルニ拘ハラス會社ニ在テハ之ヲ一括スルコトヲ得ストスルノ理由ナシ私法ハ刑罰法令ノ如ク嚴密ニ解釋スルノ必要ナシ類推解釋ヲ此間ニ容ルルニ於テ予ハ到底其不可ナルヲ見ルコト能ハス」財産目録(Inventar)トハ商人ノ總財産ニ屬スル積極、消極ノ價格ヲ掲クル書面ナリ貸借對照表(Bilanz)トハ財産目録上ノ計算ノ結果ヲ示シタル貸方及ヒ借方ノ比較表ナリ俱ニ商人ノ財産ノ狀況ヲ明白ニスルモノニシテ其内容ニ於テハ固ヨリ二アルニアラス又此二者ニ掲載スル價格モ彼此同一ナラサルヘカラス而シテ財産目録及ヒ貸借對照表ハ開業ノトキ、會社設立ノトキ及ヒ少ナクトモ毎年一回一定ノ時期ニ作成セサルヘカラス又年二回以上利益ノ配當ヲ爲ス會社ニ在リテハ其毎配當期ニ當リテ之ヲ作成スルコトヲ要ス茲ニ一定ノ時期トハ單純ナル意義ニ於テ一定ナレハ可ナリトノ謂ニ非ス畢竟營業ノ一定ノ期間内ノ成績ヲ明カニスル目的ナルヲ以テ自ラ原則トシテ營業年度ノ終ナルヲ要ス其他會社ノ合併及ヒ會社ノ解散等ノ特別ノ場合ニ於テ之ヲ作成ヲ命スルコト少ナシトセス而シテ財産目録ト貸借對照表トヲ作成シタルトキハ之ヲ特ニ設ケタル帳簿ニ記載スルコトヲ要ス此帳簿ヲ便宜上財産目録帳、貸借對照表帳ト名クルコトヲ得ヘシ此二帳簿ハ便宜上之ヲ一箇ノ帳簿ニ併合スルコトヲ得ス又便宜上之ヲ日報帳ニ記載スルコトヲ得ス是レ商法カ「特ニ設ケタル」帳簿ニ記載スルコトヲ命スルノ結果ナリトス

商業帳簿ニ記載スヘキ事實(及ヒ價格)ハ真實ナラサルヘカラス事實ヲ選漏シ事實ニ變更ヲ加ヘテ記載シ又ハ事實ニ非ナル事ヲ記載スルハ皆不正ノ記載トス果シテ然ラハ事實ノ真實、不真實ハ何ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘキカ主觀的ニ真實ナルヲ以テ足レリトスルカ將タ客觀的ニ真實ナルコトヲ必要トスルカ此點ハ法律之ヲ明定セスト雖モ客觀的真實ヲ求ムルハ所謂難ヲ人ニ求ムルモノナリ從テ主觀的ニ真實ナルトキハ縱令客觀的真實ヲ符合セストモ之ヲ以テ不正ノ記載ヲ爲シタルモノト云フヘカラス商法ハ唯財産目録ニ記載スヘキ價格ニ付キ特別ノ規定ヲ設ク(二六條二項)是レ價格ハ刻一刻變動スルヲ以テ一定ノ時期ヲ定ムル必要アルニ出ツ即チ商法ハ其目録調製ノ時ニ於ケル價格ヲ附スヘキコトヲ命ス(二六條二項)其目録調製ノ時ト云フハ事實上之ヲ調製スル時ヲ謂フニ非ス之ヲ調製スヘキ時ヲ謂フナリ是レ財産目録ハ其一定ノ時期ニ於ケル財産ノ狀況ヲ明カニスルヲ目的トスルカ爲メナリ故ニ年度經過後ニ於テ事實上價格ニ變動アルモ此變動ニ因リテ生シタル價格ヲ記載スヘカラス第二七條「配當期」亦同一ノ理論ニ從テ而シテ法律ハ其目録調製ノ時ニ於ケル價格ト規定スト雖モ其價格ヲ其時期ニ於ケル實價以下ニ見積ルコトハ商人ノ經濟的基礎ヲ鞏固ニスル所以ナルカ故ニ法ノ禁スル所ニアラスト説明シ因テ此規定ヲ以テ半面的強行規定ナリト説明スルヲ通説トス

要スルニ商業帳簿ハ商人ノ財産ノ狀態及ヒ營業ノ狀況ヲ明カニスルヲ以テ目的トナス此目的ハ管ニ其現時ノ爲メノミニ非ス將來ニ向テモ他日ノ紛争ニ備フルカ爲メニモ亦必要ナリ故ニ商法

ハ商人ヲシテ其帳簿閉鎖ノ時ヨリ十年間之ヲ保存スルコトヲ命ス然レトモ之ヲ以テ商業帳簿ニ關シ特別ノ證據力ヲ認メタルモノト解スヘカラサルハ明カナリ營業ニ關スル信書ノ保存ニ付テモ亦然リ

## 第八章 代理商

### 第一節 代理商ノ意義

代理商 (Handelsagent) トハ使用人ニ非スシテ一定ノ商人ノ爲メニ平常其營業ノ部類ニ屬スル商行為ノ代理又ハ媒介ヲ爲ス者ヲ謂フ (三六條)

一 代理商ノ實質上ノ職務ハ商行為ノ代理又ハ媒介ナリ其代理ニ付テハ固ヨリ民法ノ原則ニ從フ媒介トハ單ニ商行為ノ成立ヲ周旋スルノ意ナリ故ニ代理ノ場合ニハ代理商ハ其一方ノ行為者ナリ媒介ノ場合ニハ代理商ハ行為者ニ非ス本人及ヒ第三者カ即チ行為者ナリ要スルニ商行為ノ代理又ハ媒介カ代理商ノ本質的職務タルカ故ニ商行為ニ非サル行為ノ代理又ハ媒介ヲ爲ス者ハ縱令營業的ニ爲スト雖モ商法ニ所謂代理商ニ非ス而シテ苟モ商行為ニ關スル以上ハ其代理ノミヲ爲スト媒介ノミヲ爲スト時又二者ヲ併セ爲スト問ハス故ニ代理商ハ之ヲ三種ニ別ツコトヲ得代理ノミヲ爲ス代理商、媒介ノミヲ爲ス代理商、二者ヲ併セ爲ス代理商是ナリ

二 商行為ノ代理又ハ媒介ハ一定ノ商人ノ爲メニ爲スコトヲ要ス故ニ本人ハ必ス商人ナラサルヘカラス商人ニ非サル他人ノ爲メニ商行為ノ代理又ハ媒介ヲ爲スコトヲ以テ代理商ト云フヲ得又一定ノ商人ノ爲メニスルヲ必要トスルカ故ニ臨機公衆ノ委託ヲ受ケテ商行為ノ代理又ハ媒介ヲ爲ス者ハ代理商ニ非ス問屋、仲立人等カ代理商ニ非サルハ之カ故ナリ併ナカラ一定ノ商人トハ必スシモ一人ノ商人ト云フノ意義ニ非ス故ニ同一人カ吳服商甲ノ代理商ト爲リ同時ニ砂糖商乙ノ代理商トナルコトヲ妨ケス換言スレハ本人タル商人ノ數人ハ商人ノ一定ヲ破ラス

三 代理商ノ代理又ハ媒介スヘキ商行為ハ一定ノ商人ノ營業ノ部類ニ屬スルモノナラサルヘカラス固ヨリ其營業ノ全部ニ亘ル商行為タルコトヲ必要トセス其全部ニ亘ルカ一部ニ限ルカハ代理商契約ノ定ムル所ニ從フ其權限ノ廣狹ハ代理商ノ本質ト一ノ關係ヲ有セス

四 代理商ハ其商行為ノ代理又ハ媒介ヲ以テ平常ノ職務ト爲ササルヘカラス但平常ノ職務タルヘキモノナレハ足ル必スシモ日日之ヲ爲スコトヲ必要セス換言スレハ職務ノ繁閑ハ問フ所ニ非ス

五 代理商ハ一定ノ商人ト一定ノ法律關係ニ立テ其商人ノ營業ノ部類ニ屬スル商行為ノ代理又ハ媒介ヲ爲ス者ニシテ此點ニ於テ頗ル商業使用人ト相酷似ス然レトモ代理商ハ商業使用人ニ非ス商業使用人ハ本人ニ對シテ隸屬的關係ヲ有スト雖モ代理商ハ全然之ヲ有セス故ニ商業使

用人ハ其資格ニ於テ商人タルコトナシ代理商ハ其資格ニ於テ商人タリ

之ヲ要スルニ以上ノ如キ意義ヲ有スル代理商ノ觀念ハ從來ノ立法例上多ク存セザリシ所ニシテ我舊商法ノ認タメル「代辦人」亦茲ニ所謂代理商ト相異ナレリ而シテ獨國新法カ新ニ代理商ニ關スル規定ヲ設ケタルヨリ我新商法亦之ニ從ヒタルモノナリ故ニ商法施行前ニ定メタル代理商ニハ直チニ商法ノ規定ヲ適用ス(商施二一條)

## 第二節 代理商契約

### 第一 其概念

代理商契約(Agenturvertrag)トハ代理商トナルヘキコトヲ目的トスル契約ヲ謂フ此契約ニ付テハ何等ノ形式ナク其諾成契約ナルコト言フ俟タス而シテ代理ノミヲ爲スカ又ハ媒介ノミヲ爲スカ將タ代理ト媒介トヲ併セ爲スカハ即チ此契約ノ定ムル所ニ從フ從テ代理商契約ノ法律上ノ性質ハ一概ニ論下スルヲ得ス或ハ委任契約タルコトアリ或ハ雇傭契約タルコトアリ又此二者ヲ併セタル契約タルコトアルナリ學者或ハ媒介ノミヲ爲スノ代理商契約ハ華委任ノ契約ナリト論ス(松本法學士商法原論一卷二八頁)然レトモ予ハ之ニ贊同スルコト能ハス抑、民法第六五六條ニ所謂法律行為ニアラサル事務ノ意義ハ決シテ明瞭ナラス民法第六二三條ニ所謂勞務トノ區別如何モ亦決シテ明瞭ナラス媒介ノミヲ爲スノ代理商契約ヲ以テ華委任ト爲スノ學者ハ先ツ此二

者ノ區別ヲ分明シ而シテ媒介ノ實質行為カ即チ所謂「法律行為ニアラサル事務」ナルコトヲ明カニセサルヘカラス併ナカラ學者曾テ之ヲ明カニシタルモノアルヲ聞カス予ハ寧ロ華委任ノ規定ハ雇傭カ報酬ヲ要素トスルカ故ニ其報酬ナキ場合ニ付テ委任ニ準シタルモノト解スルヲ正當ト信ス是レ華委任ヲ以テ論セサル所以ナリ

### 第二 本人ト代理商トノ關係

本人ト代理商トノ關係ハ其根本ニ於テ代理商契約ノ定ムル所ニ依レハ論ナシト雖モ商法ハ當事者ノ關係ニ付キ特別ノ規定ヲ設ク

#### 甲 代理商ノ義務

一 通知義務 代理商カ商行爲ノ代理又ハ媒介ヲ爲シタルトキハ遲滞ナク本人ニ對シテ其通知ヲ發スルコトヲ要ス(三七條) 元來受任者ハ委任者ノ請求ニ依リ始テ委任事務ノ狀況ヲ報告スルヲ以テ足レリトス(民六四五條)ト雖モ代理商ハ概括的ニ商行爲ノ代理又ハ媒介ヲ爲ス者ナルヲ以テ特ニ必ス此通知ヲ爲スヘキ義務ヲ負ハシム而シテ此通知ハ發信スルヲ以テ足ル故ニ不到達ノ危險ハ本人ノ負擔スル所ナリ又固ヨリ此通知ハ代理又ハ媒介ノ成立及ヒ效力ニ毫モ關係ナシ故ニ本人ハ此通知ナキヲ理由トシ例ヘハ代理ニ依リテ生シタル自己ノ義務ヲ拒ムコトヲ得ス唯此通知ヲ爲スコトヲ怠リタルトキハ本人ハ代理商ニ對シテ損害賠償ノ要求ヲ爲スコトヲ得ルノミ

## 二 競争禁止

代理商ハ本人ノ許諾ナクシテ自己又ハ第三者ノ爲メニ本人ノ營業ノ部類ニ屬スル商行爲ヲ爲ササルノ義務ヲ負フ(三八條)本人ノ營業ノ部類ニ屬スル商行爲ハ自己ノ爲メニスルト第三者ノ爲メニスルトヲ問ハス又個個ニスルト營業ニスルトヲ問ハス一切之ヲ爲スコトヲ得ス是レ本人タル商人ノ營業上ノ利益ヲ保護スル所以ナリ故ニ代理商カ此規定ニ反シタルトキハ本人ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得唯代理商カ自己ノ爲メニ爲シタル行爲ニ付テハ本人ハ之ヲ自己ノ爲メニ爲シタルモノト看做スコトヲ得(三八條二項)又會社ノ無限責任社員ニ付テモ代理商ハ同種ノ營業ヲ目的トスル會社ノ無限責任社員ト爲ルコトヲ得ス(此競争禁止ニ付テハ支配人ニ付テハ商法第三二條ノ規定ニ關シテ説明シタル所ヲ参照スヘシ)

## 乙 代理商ノ權利

一 報酬請求權 代理商ハ獨立ノ商人ナル故ニ其行爲ノ代理タルト媒介タルトヲ問ハス必ス有價タルヲ原則トス其報酬ノ如何ハ固ヨリ代理商契約ノ定ムル所ニ依ル代理商契約ニ於テ其報酬ヲ定メサリシトキト雖モ相當ノ報酬ヲ請求スル權利ヲ有ス(二七四條)或ハ代理商ト商業使用人トノ區別ハ前者ニ在テハ個個ノ行爲ニ對シテ一定ノ報酬ヲ受ケ後者ニ在テハ包括的ニ給料トシテ一定ノ報酬ヲ受クル點ニ在リト説明スルモノアレトモ予ハ其理論的根據ヲ知ラサルナリ

## 二 費用ノ償還

代理商ハ獨立ノ商人ナリ自己ノ營業ニ關スル費用ヲ自己ニ於テ負擔スルハ理ノ當然トス例ヘハ媒介ノ爲メ支出シタル郵便料、汽車賃等ノ如キハ固ヨリ本人ニ對シテ償還ヲ請求スルコトヲ得ス然レトモ特ニ本人ニ代リテ支拂ヒタル費用ハ其償還ヲ請求スルコトヲ得

## 三 留置權

代理商カ商行爲ノ代理又ハ媒介ヲ爲シタルカ爲メニ本人ニ對シテ有スルニ至リタル債權ヲ擔保スル爲メ代理商ニ特種ノ留置權ヲ認メタリ(四一條)此代理商ノ留置權ノ本體ハ決シテ民法上ノ留置權若クハ商法ノ他ノ留置權ト敢テ異ナルモノニ非ス然レトモ民法上ノ留置權ハ占有者カ其物ニ關シテ生シタル債權ヲ有スルトキニ限り存在ス代理商ノ留置權ハ其債權ト留置物トノ間ニ此ノ如キ關係ノ存スルコトヲ必要トセス此點ニ於テハ第二八四條ノ留置權ト相同シ又第二八四條ノ留置權ハ商人間ニ於テ其雙方ノ爲メニ商行爲タル行爲ニ因リテ生シタル債權タラサルヘカラスト雖モ代理商ノ留置權ハ又是等ノ條件ヲ必要トセス要スルニ此留置權ハ代理商ノ爲メニ存スル所ニシテ一種ノ財產權ナリ

以上代理商ノ權利義務ニ關シテ述ヘタル所ハ悉ク法律ノ任意の規定ナラ以テ契約ヲ以テスルトキハ當事者ニ於テ自由ニ之ヲ變更スルコトヲ得ヘシ而シテ物品販賣ノ委託ヲ受ケタル代理商ハ其賣買ノ目的物ノ瑕疵又ハ其數量ノ不足其他賣買ノ履行ニ關スル通知ヲ受クヘキモノナルヤ否ヤ理論上不明ナルヘキカ故ニ商法第三九條ニ於テ代理商ハ是等ノ通知ヲ受クルノ權限ヲ有ス



ルコトヲ明定セリ

第三 代理商契約ノ終了

代理商契約ハ既ニ述ヘタルカ如ク委任契約タルコトアリ或ハ其兩者ヲ併合シタルモノタルコトアリ從テ各民法ノ規定ニ照シテ其終了ノ原因ヲ知ルノ外ナシ唯商法ハ第四〇條ニ特別規定ヲ設ケタリ即チ契約期間ノ定アルトキハ止ムヲ得サル場合ノ外其解除ヲ爲スコトヲ得ス當事者カ契約期間ヲ定メサリシトキハ各當事者ハ二个月前ニ豫告ヲ爲シテ其契約ヲ解除スルコトヲ得此二个月ハ最短期ナルヲ以テ二个月以上ナルコトハ自由ナリ此規定ハ公益ニ關スルモノニアラサルヲ以テ契約ニ依リ之ヲ變更スルコトヲ得ヘシ

商法總則終

法學士片山義勝講述

商法總則

法政大學發行

## 商法總則目次

### 緒論

#### 第一章 商

第一節 商ノ觀念

第二節 商ノ對象

第三節 商ノ種類

#### 第二章 商事

### 本論

#### 第一章 商法

第一節 商法ノ意義

第二節 商法ト他ノ法令トノ關係

第一款 商事特別法律及ヒ命令

第二款 商慣習法

第三款 民法付民事特別法

第三節 商法規定ノ適用

商法總則

第四節 商法ノ發達	三〇
第二章 商人	三七
第一節 商人ノ意義	三七
第二節 商人タル資格	四二
第三節 商人ノ分類	四六
第一款 自然人	四六
第二款 法人	四九
本論	
第一項 法人ノ本質	五〇
第二項 法人ノ分類	五一
第三項 商人タル法人ノ組成分子	五三
第三款 小商人	五六
第三章 商業登記	五九
第一節 商業登記ノ制度	五九
第二節 商業登記ノ效力	六二
第一款 效力ノ基礎	六二
第二款 效力ノ種別	六五

商法總則 第四章 商號

第一節 商號ノ意義	六九
第二節 商號ノ自由	七二
第一款 選用ノ自由	七二
第二款 名稱ノ自由	七三
第三節 商號權	七九
第四節 商號ノ讓渡	八三

第五章 營業

第一節 營業ノ意義	八七
第二節 營業ノ讓渡	九〇
第三節 營業所	九六

第六章 商業使用人

第一節 商業使用人ノ意義	九八
第二節 商業使用人ノ種類	一〇一

第七章 商業帳簿

第一節 商業帳簿	一〇七
----------	-----

第八章 代理商

代理商	一二二
-----	-----

第一節 代理商ノ意義

第二節 代理商契約

一二二  
一二四

第三章 商標及商號

一〇六

第一節 商標ノ意義

一〇六

第二節 商標ノ取得

一〇七

第三節 商標ノ保護

一〇八

第四節 商號ノ意義

一〇九

第五節 商號ノ取得

一一〇

第六節 商號ノ保護

一一一

第七節 商標及商號ノ侵害

一一二

第八節 商標及商號ノ消滅

一一三

商法總則目次終

一一四

其他變亂ニ因リテ生シタル損害貨物ノ性質其他瑕疵及ヒ自然ノ消耗ニ因リテ生シタル損害或ハ  
保險契約者若クハ被保險者ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リテ生シタル損害ニ付テハ填補ノ責ニ  
任セサルコト勿論ナレトモ通常保險會社ハ尙ホ地震噴火ニ因リ又ハ之ニ隨伴シテ起リタル損  
害、荷造、荷積ノ不注意ヨリ生シタル損害、竊盜、鼠害、虫害、鉤傷、雨濡及ヒ不可抗力ニ起  
因セサル濡損、荷包ノ破損、中荷ノ混合ヨリ生シタル損害並ニ運送又ハ運送取扱人ノ責ニ任ス  
ヘキ損害ニ付テハ保險者ニ於テ之カ填補ノ責任ナキコトヲ約セリ

保險者ハ危險ヲ測定シテ保險契約ヲ締結ス從テ危險ニ變更増減アルトキハ又保險契約ニ影響ヲ  
及ボササルヘカラス故ニ我商法ニ於テモ危險カ著シク増加變更シタルトキハ其増減變更カ保險  
契約者又ハ被保險者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ル場合ト否トヨ分チ或ハ保險契約ハ當然效力ヲ失  
フコトトシ或ハ保險者ニ於テ之ヲ解除シ得ルモノト爲セリ(四一〇條及ヒ四一一條)而シテ運送  
保險ニ在リテ運送ヲ中止シ又ハ運送ノ道筋若クハ方法ヲ變更シタル場合ニハ危險ニ増減變更ア  
リタルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ我商法ノ規定ニ依レハ運送上ノ必要ニ依リ一時運送ヲ  
中止シ又ハ運送ノ道筋若クハ方法ヲ變更シタルトキト雖モ特約アル場合ノ外保險契約ハ其效力  
ヲ失ハサルコトト爲セリ(四二六條)然ルニ保險會社カ實際行フ所ヲ見ルニ保險者ノ承諾ヲ得ス  
シテ保險證券ニ記載セル運送ノ道筋及ヒ方法運送品ノ受取及ヒ引渡ノ場所運送人又ハ運送取扱  
人ヲ變更シタルトキハ保險契約ハ其效力ヲ失フモノト爲セリ



## 第二 運送保險ノ目的 運送保險ニ於テモ亦被保險利益ノ存在スルコト明カナリ而シテ損害保

險ニ於テ保險價額ヲ見積ル場合ニ於テ當事者カ保險價額ヲ定メザリシトキハ其損害カ生シタル地ニ於ケル其時ノ價額ヲ以テ保險價額トスルヲ原則トス(三九三條)然レトモ運送保險ノ場合ニ在リテハ損害ノ發生シタル地及ヒ時ニ於ケル價額ヲ以テ保險價額ト爲サントスルトキハ其運送中事故ノ發生スル經濟市場ヲ距ルコト遠キ場合多キヲ以テ其價額ヲ知ルニ苦ム場合少カラズ依リテ運送品ノ保險ニ付テハ特ニ發送ノ地及ヒ時ニ於ケル其價額ヲ以テ保險價額算定ノ標準ト爲セリ且運送保險ニ在リテハ發送ノ地及ヒ時ニ於ケル其價額ノミナラス到達地マテノ運送賃其他ノ費用ヲモ加算シテ之ヲ保險價額ト爲スコト爲セリ(四二四條)加之運送品ノ到達ニ因リテ得ラルヘキ利益モ亦特約アル場合ニ於テハ之ヲ保險價額中ニ算入シタルコトハ第四二四條ノ明言スル所タリ

其他運送保險ニ付テハ保險期間ノ算定及ヒ保險證券ノ様式ニ付テ多少述フヘキコトアレトモ損害保險ノ原則中ニ多少説明シタルヲ以テ爰ニ之ヲ略ス

## 第三節 信用保險

第一 信用保險ノ意義 英米諸國ニ於テハ「ガランティーインシュランス」フビデリチー、インシュラ

チ人ニ對シ信用ヲ與ヘ若クハ過大ナル信用ヲ與ヘタルカ爲メ被ムルコトアルヘキ損害ヲ填補スルコトヲ約スルモノナリ其最モ一般ニ行ハルハ債務者ノ義務不履行ノ爲メ權利者ニ損害ヲ與ヘタルトキ之ヲ填補スルコトヲ約スルモノニシテ前者ヲ「クレデット」、インシュランス、クレデット、ガランティー、インシュランス」等ト謂ヒ後者ヲ多クハ「フビデリチーインシュランス」ト謂フ我國ニ於テ信用保險ト稱スルハ其意義ニ付キ未タ學說ヲ聞カスト雖モ現ニ信用保險ト稱シ實行シツツアルハ使用人ノ不正行爲ニ因ル損害ヲ填補スルコトヲ約スルモノニシテ所謂「フビデリチー、インシュランス」ト稱スルモノナリ「フビデリチー、インシュランス」ハ之ヲ嚴格ニ謂ヘハ信任保險トモ稱スヘキモノニシテ所謂「信用」ナル經濟上ノ用語ヲ冠ラシムヘキモノニ非ストノ批難モアリ得ヘシ然レトモ信用ナル文字ヲ經濟上ノ用語タル「信用」ト謂フ文字ヨリ稍、廣ク解釋スルニ於テハ「フビデリチー、インシュランス」信用保險ト稱シテ經營セシムルモ差支無シト信ス而シテ現ニ此「フビデリチー、インシュランス」ヲ經營シツツアル上ハ遠カラズシテ「クレデット、インシュランス」ヲ經營スル機運ニ達スヘキハ疑ヲ容レサル所ナルノミナラス我保險業法第一五條ニ依レハ保險事業ヲ經營スル株式會社ハ其商號ニ保險ノ種類ヲ示スコトヲ要スト爲シタルヲ以テ今日「フビデリチー、インシュランス」ヲ營ムモノヲ信任保險ト稱セシメ次「クレデット、インシュランス」ヲ營業スル場合ニ更ニ信用保險ナル名稱ヲ用ヒシムルトキハ其商號ノ如キ頗ル煩雜ヲ來シ不便ナルヲ免レス故ニ信用ノ意義ヲ擴張シテ此等ノ種類ノ保險ヲ包含セシムルノ趣旨ニシテ

實行セル現ニ「フビデリチー、インシュランス」ニ對スル名稱トシテハ稍、不完全ナルモ此等ノ理  
由ニ因リ信用保險ナル名稱ヲ用フルコトヲ認メラレタルナリ

而シテ現ニ我國ニテ實行サレ居ル信用保險ナルモノハ恰モ身元保證ニ類似シタルモノニシテ會  
社銀行商店官衙公署等ニ於テ其使用人カ雇主ノ金錢其他ノ財産ヲ竊取シ詐取シ費消シ又ハ拐帶  
シタルカ爲メニ雇主ニ財産上ノ損害ヲ與ヘタル場合ニ於テ其損害ヲ填補スルコトヲ約スルモノ  
ナリ即チ保險者タルモノハ保險會社ナリ雇主ハ被保險者即チ前記ノ行爲ニ依リ損害ヲ被ムルコ  
トアルヘキ處ヲ有シ果シテ事故ニ遭遇シタル場合ニ於テハ保險者ヨリ保險金ヲ受取ルヘキモノ  
ナリ保險契約者ハ此保險ノ引受ニ對シテ保險料ヲ支拂フコトヲ生スルモノニシテ雇主自身タル  
コトモアルヘク又使用人ノ父兄、保證人其他ノ他人タルコトモアリ得ヘシ唯使用人ハ自ラ保險  
契約者ト爲ルコト能ハス是レ我商法第三九七條ノ規定ト衝突スルヲ以テナリ

第二 信用保險ノ性質 信用保險ハ如何ナル性質ヲ有スル保險ナルヤニ付テハ種種ナル議論ア  
リ得ヘシ保險ノ種類ヲ人保險ト物保險ニ分チ人保險トハ主トシテ人ニ關スル保險ニシテ物保險  
トハ主トシテ物ニ關スル保險ナリトセハ信用保險ニ於ケル基礎ハ使用人ノ行爲ニ關スルヲ以テ  
之ヲ人保險ナリト謂フヲ得ヘシ現ニ英米ニ於テ「ハライフ、インシュランス」ノ名稱ノ中ニ此保險  
ヲ營ミ居ルコト少カラス又保險ノ種類ヲ定額保險ト非定額保險ニ分チ定額保險トハ偶然ナル事  
故ノ發生シタル場合ニ於テ損害ノ有無多寡ニ拘ハラズ豫テ契約セル一定ノ金額ヲ支拂フモノナ

トセハ信用保險ハ定額保險ニ非ス我國ニ實行セララル信用保險ハ保險金額ノ範圍内ニ於テ損害  
ヲ填補スルコトヲ約シ其支拂ハルヘキ金額ハ損害ノ有無及ヒ多寡ニ關スルモノニテ一定ノ金額  
ヲ支拂フモノニ非ナレハナリ若シ又我商法ノ規定ニ從ヒ保險ノ種類ヲ生命保險及ヒ損害保險ニ  
分ツトセハ信用保險ハ損害保險ナリト謂フヘシ信用保險ニ於ケル保險事故使用人ノ行爲即チ使  
用人カ主人ノ財産ニ對シテ爲シタル竊取、詐取、消費及ヒ拐帶ノ四行爲ヲ指スモノニシテ之ヲ  
以テ商法第四二七條ニ所謂相手方又ハ第三者ノ生死ニ關スル事故ト爲スヲ得ス元來生死ナル文  
字ニ付テハ議論頗ル多ク之ヲ單ニ出生死亡ニ限ルトシ又生存及ヒ死亡ヲ指スモノナリトシ又人  
ノ生命身體ニ關スル事項ヲモ包含スルモノトナシ又更ニ廣ク人ノ生命、身體、自由、節操、名  
譽、信用ヲモ包含スルモノト解釋スル人モアルヘシ然レトモ我商法ニ所謂生命保險ナルモノハ  
斯ル廣義ノモノニ非ス商法第四二七條ニ所謂生死ニ關スル事故ハ此ノ如ク廣ク解釋スルコト能  
ハス生死トハ生存及ヒ死亡ヲ意味スルモノナリトスルヲ正當ナリト信ス然ラハ使用人ノ行爲ハ  
之ヲ以テ人ノ生存死亡ニ關スル事故ナリト爲スヲ得ス故ニ信用保險ニ於ケル保險事故ハ生命保  
險ニ於ケル保險事故ニ非ス之ニ反シテ使用人ハ被保險者ニ非ス被保險者タルモノハ主人ナリ使  
用人ノ行爲ハ假令使用人ノ意思ニ基クモノナリトスルモ主人ノ側ヨリ考フレハ全ク第三者ノ意  
思若クハ行爲ニシテ其偶然ナル事故タルニ於テハ天災ト異ナルコト無シ從テ使用人ノ主人ニ對  
シテ爲シタル竊取、詐取、消費及ヒ拐帶ナル行爲ハ商法第三八四條ニ所謂偶然ナル一定ノ事故

ト稱スルヲ憚ラサルヘシ即チ信用保險ニ於ケル保險事故ハ之ヲ損害保險事故ナリト謂フヲ得ヘシ又使用人カ若シ保險契約者タル場合ニ於テハ前記ノ行為ハ使用人ノ意思ニ基キ行爲ニシテ從テ商法第三九六條ニ依リ此等ノ行為ニ因リテ生シタル損害ニ付テハ保險者ハ之ヲ填補スルノ責ニ任セサルニ至ルヘキヲ以テ現行ノ信用保險ニ於テハ使用人ヲ以テ保險契約者タルコトヲ得セシメス從テ此點ニ付テモ信用保險ヲ損害保險トシテ實行スルニ妨ケナシ又信用保險ニ在リテハ一定ノ保險金額ヲ定ムト雖モ事故發生スレハ必スシモ保險金額全部ヲ支拂フモノニ非ス保險金額以上ノ損害ニ付テハ保險者ハ損害ヲ填補セスト雖モ其以下ニ在ル場合ニ於テハ保險者ハ損害額ヲ査定シ其實額ノミヲ填補スルモノナリ故ニ商法第四二七條ニ所謂一定ノ金額ヲ支拂フヘキコトヲ約スルモノニ非スシテ第三八四條ニ所謂損害ヲ填補スルコトヲ約スルモノナリト謂ハサルヘカラス此點ニ於テハ一般ノ損害保險ト異ナルコトナシ此等ノ理由ニ因リ信用保險ハ損害保險ナリトスルヲ正當トス尙ホ次ニ信用保險ノ要素ヲ説明スル場合ニ於テ信用保險ノ如何ナルモノナルカヲ明カニスレハ其性質ハ生命保險ニ非スシテ全ク一種ノ損害保險ナルコト益々明瞭ナルヘシ

### 第三 信用保險ノ要素

(一) 被保險利益 被保險利益トハ被保險者カ偶然ナル一定ノ事故ノ發生ニ依リ損害セラルルコトアルヘキ利益關係ヲ謂フモノニシテ損害保險ノ要素タルコトハ既ニ損害保險ノ要素ニ關ス

ル總論中ニ之ヲ述ヘタリ信用保險ニ於テモ亦其要素トシテ被保險利益ヲ有ス信用保險ニ於ケル被保險利益トハ雇主カ其使用人ノ行為ノ爲メニ其財産上ニ損害ヲ被ムルコトアルヘキ利益關係ヲ云フ雇主ハ財産ヲ有シ此財産ニ付テ使用人ノ行為ニ依リ損害ヲ被ムルヘキ虞ヲ有ス使用者カ此等ノ行為ヲ爲サリシナラハ雇主ハ財産上ノ損害ヲ被ムラサリシナラント謂フ點ニ於テ利益關係ヲ有ス此利益關係ヲ有スル者即チ主人カ被保險者ニシテ事故發生シタル場合ニ損害ノ填補ヲ受クヘキモノナリ

而シテ雇主カ使用人ヲ使用スルニ當テハ自己ノ財産中何レノ部分ニ付テ損害ヲ被ムルヘキヤ之ヲ測定スル能ハス然レトモ使用人カ侵害シ得ヘキ財産ノ範圍ハ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシ換言スレハ使用人ノ行為ニ依リ損害ヲ被ムルコトアルヘキ虞ニ曝サレ居ル財産ノ範圍ハ之ヲ測定スルニ難カラス而シテ此危險ニ曝サレ居ル財産ハ其全部カ保險ニ付セラレサルヘカラス何トナレハ此等ノ財産ノ何レノ部分カ侵害サルヘキヤハ之ヲ知ル能ハサレハナリ故ニ此等ノ財産ニ對スル利益關係カ信用保險ニ於ケル被保險利益ニシテ此被保險利益ノ價格ヲ以テ保險價額ト爲ササルヘカラス信用保險ニ於テ危險ニ曝サレ居ル財産ノ範圍ハ事實上劃然タル分界ヲ立ツルコト困難ナル場合アルヘシ或ハ不便ナル場合アリ得ヘシト雖モ理論上ハ之ヲ定メ得ルモノナラサルヘカヲサルヤ明カナリ隨テ此範圍ニ屬スル財産ノ價額モ亦見積ラレサルヘカラス故ニ信用保險ニ於テモ亦其要素トシテ被保險利益ノ存在スルヲ知ルト共ニ其價額ヲ以テ保險價格ト爲スヲ得ヘ

然ルニ或學者ハ我邦ニ實行セル信用保險ニ付テ論スルニ當リ信用保險ニハ保險價格無シ其普通保險約款ニ「保險價額ト保險金額トノ割合如何ニ拘ハラス」ノ文字ヲ用ヒタルハ何等ノ意味ヲ有セスト批難セラレタルヤニ聞ク左レト前ニモ述ヘタル如ク信用保險ニハ要素トシテ被保險利益ノ存在スルコト明カニシテ此被保險利益ノ範圍ハ之ヲ定ムルコトヲ得ヘク隨テ其財産上ノ價額ヲ金錢ヲ以テ見積リ得ルコト疑ナシト謂ハサルヘカラス而シテ保險價額トハ被保險利益ヲ金錢ニ見積リタル額ヲ謂フトスレハ信用保險ニ保險價額アリト謂フハ毫モ差支ナシ若シ學者ノ言ノニ見積リタル額ヲ謂フトスレハ信用保險ニ保險價額アリト謂フハ當リ「保險價額トハ被保險利益ノ金額ニ見積リタル額ヲ謂フモノニ非ス」他ノ意味ヲ有ストセハ爰ニ之ヲ論難スル要ナシ用語ニ自己ノ信スル意味ヲ付スルハ各人ノ自由ナレハナリ然レトモ保險價額トハ被保險利益ヲ金額ニ見積リタル額ヲ謂フモノナリトスルニ於テハ一言ヲ費ササルヘカラス學者若シ保險價額ヲ此意味ニ解釋シテ信用保險ニ保險價額ナシト謂フナラハ信用保險ニ於ケル被保險利益ハ金額ニ見積ルコト能ハサルモノナルカ若クハ信用保險ニハ被保險利益存在セスト謂ハサルヘカラス商法第三八五條ニ依レハ損害保險契約ニ於テハ金額ニ見積ルコトヲ得ヘキ利益ニ限リ之ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得トセリ故ニ學者若シ信用保險ニ於ケル被保險利益ハ金額ニ見積ル能ハサルモノナリトスルナランニハ信用保險ハ損害保險ニ非スト爲ササルヘカラス然ルニ學者ハ之ヲ損害保險ト認メ居ルコト明

カナリ其理由ハ種種アリト雖モ其一例ヲ舉クレハ保險業法第四條ニ依レハ同一ノ會社ニシテ損害保險ト生命保險トヲ兼業スルコトヲ得スト爲スニモ拘ハラス既ニ我國ニ於ケル信用保險ハ損害保險會社ノ兼業スル所ナリ然ルニ學者ハ此點ニ付テ何等ノ批難ヲ加ヘタルヲ聞カス我商法ノ下ニ在リテ信用保險ハ損害保險ナリト雖モ其被保險利益ハ金額ニ見積ルコトヲ得ス隨テ保險價額ナシトスルハ自ラ矛盾スルモノニ非サルカ又學者ハ信用保險ニハ被保險利益存在セスト謂フカ被保險利益ナケレハ損害ナシ損害ナケレハ損害填補アルヘカラス損害保險ノ趣旨ハ損害填補ニ在ルコト何人モ疑ヲ容レズ故ニ若シ信用保險ニ被保險利益ナシトセハ信用保險ハ損害保險ニ非ス學者ハ信用保險ニ於テ損害填補ナルコトヲ認メテ尙ホ被保險利益無シト謂フハ亦自ラ矛盾ニ陷レルモノト謂ハサルヘカラス故ニ學者ノ此批難ハ何等ノ理由ナキモノト信セサルヲ得ス信用保險ニ於テモ亦保險金額ヲ定ム保險者ハ此金額ノ範圍内ニ於テ損害填補ノ責ニ任スルコト他ノ損害保險ト異ナルコトナシ其他超過保險、重複保險等ノ原則ニ付テモ亦同シ但一部ノ保險ニ付テハ信用保險實行上ノ必要ヨリ保險約款ニ於テ別ニ定ムルコトアリ此點ニ付テハ損害填補ニ付テ之ヲ述フル所アラン

(二) 危險 損害保險ニ於テ危險ト謂フモノハ偶然ナル一定ノ事故ノ發生スルカ爲メ損害ヲ被ムルコトアルヘキ處ヲ謂フ信用保險ニ在リテ危險ト謂フハ使用人ノ竊取、消費若クハ拐帶ニ依リ主人カ其財産上ニ損害ヲ得ルコトアルヘキ處ヲ謂フ



危險ハ偶然ナルコトヲ要ス竊取、詐欺、消費若クハ拐帶ハ皆使用人ノ意思ニ基ク行爲ニシテ使用人ニ取リテハ偶然ナル事故ニ非ス然レトモ保險契約當時及ヒ被保險者ニ取リテハ偶然ナル事故ト謂フコトヲ得ヘシ此等ノ人ヨリ見レハ使用人カ前記ノ不正行爲ヲ爲スヘキヤ否ヤハ全ク不確定ニシテ果シテ發生スヘキヤ發生スレハ果シテ何時又如何ニ發生スヘキヤニ付キ不確定ナルコト天災ト異ナルコトナシ此等ノ人ノ間ニ在リテハ事故ノ發生ハ絕對的不確定ナリ元來損害保險ニ於ケル危險ハ總テノ人ニ對シテ絕對的不確定ナルヲ要スルモノニ非ス加之商法第三九七條ヨリ考フレハ當事者間及ヒ被保險者ニ在リテモ尙ホ絕對的不確定ナルヲ要セス主觀的不確定ナレハ足ル即チ當事者又ハ被保險者カ事故ノ生セサルヘキコト又ハ既ニ生シタルコトヲ知ラサル間ハ其事故ノ發生若クハ不發生カ事實上確定シ居ルトモ之ヲ保險事故ト爲スコトヲ得ルナリ此等ニ由テ觀レハ使用人ノ行爲ハ保險者保險契約者及ヒ被保險者ニ對シテ不確定ニシテ保險事故ト爲シ得ルコト明カナリ即チ信用保險ニ於ケル危險モ亦偶然ニシテ不確定ナルコト他ノ損害保險ト異ナルコトナシ

又危險ハ一定セルコトヲ要ス信用保險ニ在リテモ保險者ハ主人カ其財産上ニ被ムルヘキ各種ノ損害ニ付テ其填補ノ責ニ任シタルモノニ非ス保險者カ引受クヘキ危險ハ使用人ノ行爲ニ限レリ現今我邦ニ實行セラルル方法ニ依レハ更ニ之ヲ限定シテ使用人ノ竊取、詐欺、消費及ヒ拐帶ノ四種ノ行爲ニ限レリ從テ保險者ハ主人ニ財産上ノ損害ヲ與フル總テノ行爲ニ對シテ填補ノ責ニ任

スルモノニ非ス前記四種ノ行爲ニ一定セリ

危險ヲ測定スルニ付テハ主トシテ保險契約者ノ告知義務ノ履行ニ依ル即チ現今實行セル方法ニ依レハ保險申込書ニ使用人ノ親族關係、俸給、職務、教育、財産、賞罰其他履歷保證ノ有無等ヲ記載セシメ其實ニ相違ナキコトヲ保險契約者被保險者及ヒ使用人ヲシテ承諾セシメ尙ホ保險者ニ於テ必要ト認ムル事項ヲ調査シ危險ヲ測定シ保險料及ヒ保險金額等ヲ定メ契約ヲ締結スルナリ

危險著シク増減變更アルトキハ例ヘハ職業地位ノ變更、俸給、賞與其他ノ收入ノ減少、身代限、破産又ハ處罰等使用人ノ信用程度ニ著シキ影響ヲ及ボシタルトキハ保險者ハ保險契約ヲ解除シ又ハ保險料増額ヲ請求シ得ヘキコトヲ保險約款ニ定ム尙ホ保險契約者ハ又被保險者ニ對シ保險申込書記載ノ事項中ニ變更ヲ生シタルコトヲ知リタルトキハ遲滞ナク保險者ニ通知スルノ義務ヲ保險約款ニ依リテ負擔セシム

(三) 當事者 信用保險ニ於テモ保險者タルモノハ之ヲ事業トシテ經營スル場合ニハ保險業法ニ依リ株式會社又ハ相互會社ヲラサルヘカラス保險契約者ハ多ク場合ニ於テハ使用人ノ親族、保證人若クハ主人ナルヘシ然レトモ此等ノ人ニ限ルニ非ス使用人自身ニ非サル限ハ何人ニテモ可ナリ唯使用人自身保險契約者タラントスルトキハ我商法ニ在リテハ第三九六條アルカ爲メ之ヲ實行スルコト能ハサルコトナルナリ被保險者ハ勿論主人ナルヘキコト明カナリ使用人

ハ保險契約ノ當事者ニ非ス被保險者ニモ非ス而シテ民法不法行為ノ規定ニ依レハ使用者及ヒ被  
用者ノ文字ヲ用フルヲ見ル然ルニ信用保險ニ在リテ使用人ナル文字ヲ用ヒタルハ穩當ニ非スト  
ノ非難アル由ナレトモ商法ニ於テハ商業使用人ト稱シ使用人ナル文字ヲ用フルヲ觀レハ又通俗  
ニ用フル被用者ナル文字ヨリハ使用者ナル文字多キヲ觀レハ此批難ハ強チ之ヲ爭フニ足ラサル  
ヘシ

信用保險契約ノ締結當事者及ヒ被保險者ノ權利義務及ヒ保險期間等ニ付テハ大體ニ於テ損害保  
險ノ原則ト異ナルコトナシ

(四) 損害填補 信用保險ハ被保險者ノ使用人カ其在職中竊取、詐取、費消及ヒ拐帶ニ因リ被保  
險者ノ財産上ニ與ヘタル損害ヲ填補スルコトヲ約スルモノナリ

損害填補ノ方法ニ付テハ損害保險ノ總論ニモ述ヘタル如ク理論上ハ如何ナル方法ヲ以テモ爲シ  
得ヘシ決シテ金錢支拂ノ方法ニ限ラス然レトモ使用者カ竊取、詐取、費消及ヒ拐帶ヲ爲シタルカ  
爲メ被ムリタル損害ニ付テハ金錢支拂ヲ以テ之ヲ填補スルノ外他ニ其方法ナカルヘク又實際ニ  
於テモ契約シタル保險金額ノ範圍内ニ於テ金錢支拂ノ方法ヲ以テ損害ヲ填補スルナリ

損害填補ノ範圍ニ付テハ信用保險ニ於テモ他ノ損害保險同シク保險價額ノ範圍ニ限ラルルモ  
ノニシテ超過保險ノ原則ノ適用セラルルコト勿論ナリ然レトモ信用保險ニ於ケル保險價額ハ被  
保險者カ使用人ノ行為ノ爲メ侵サレ得ヘキ財産關係即チ被保險利益全部ノ價額ヲ謂フモノニシ

テ此侵サルヘキ範圍ヲ事實上劃定シ之ヲ金錢ニ見積ルコトハ頗ル不便ニシテ且困難ナリ加之保  
險者ハ常ニ被保險者ノ有スル被保險利益全部ニ對スル危險ヲ引受ケ得ルモノニ非ス即チ保險價  
額全部ヲ負擔シ得ルモノニ非ス被保險者カ自ラ負擔スルニ足ルトスル金額ノ範圍ニ於テ損害填補  
ノ責任セサルヘカラス故ニ被保險者ハ保險金額ヲ定メ之ヲ以テ自己カ支拂ノ責任ニ任スヘキ最高  
限ト爲シ損害額カ其以上ニ至ルモ保險金額以上ノ責任ヲ負擔セス損害額カ保險金額以下ナルト  
キハ損害實額ヲ計算シテ之ヲ填補スルナリ

商法第三九一條ニ依レハ保險價額ノ一部ヲ保險ニ付シタル場合ニ於テハ被保險者ノ負擔ハ保險金  
額ノ保險價額ニ對スル割合ニ依リテ之ヲ定ムルコト損害保險ノ總論ニ於テ一部保險ノ原則トシ  
テ之ヲ述ヘタリ然ルニ信用保險ニ在リテハ前ニモ述ヘタル如ク保險價額ヲ確定スルコト困難ナ  
ルヲ以テ保險契約ノ締結ノ際保險價額ヲ定メサルノミナラス其額カ幾何アリトモ單ニ保險金額  
ノ範圍内ニ於テ損害ノ實額ヲ負擔スルコトト爲セリ即チ保險金額カ保險價額ノ一部分ニシテ商  
法第三九一條ノ所謂一部保險ノ原則ノ適用ヲ受クヘキ場合ニ於テモ尙ホ被保險者負擔ノ範圍ハ保  
險金額ト保險價額ニ對スル割合ニ依リテ定ムルコトナクシテ常ニ保險金額ヲ以テ被保險者負擔ノ  
範圍ト爲セリ即チ現行ノ信用保險ニ於テハ此一部保險ノ原則ヲ適用セス總テ其普通保險約款ニ  
於テ保險價額ト保險金額トノ割合如何ニ拘ハラズ保險金額ヲ限リトシテ損害ノ填補ヲ爲スヘシ  
ト規定シタルナリ

其他損害填補ニ關シ保險者ニ於テ責任無キ場合、填補額ニ異議ヲ生シタル場合等ニ付キ損害保險ニ關スル一般ノ原則ハ信用保險ニモ適用セラル

### 第三編 生命保險

#### 第一章 生命保險ノ意義

生命保險ノ意義ニ付テハ各國其用語ニ依リ其意味ニ多少ノ差異ヲ來シ其範圍ニ廣狹アルヲ免レズ茲ニハ單ニ我商法上生命保險トハ如何ナル意味ヲ有スルカラ述フルニ止メントス  
商法第四二七條ニ依レハ生命保險トハ人ノ生死ニ關シテ一定ノ金額ヲ支拂フヘキコトヲ報酬ニ對シテ約束スルモノナルコト明カナリ元來商法ニ於テハ生命保險ト損害保險トヲ分テ損害保險ニ於テハ偶然ナル一定ノ事故ヲ以テ契約ノ條件ト爲シ生命保險ニ在リテハ人ノ生死ニ關スル一定ノ事故ヲ以テ契約ノ條件ト爲セリ其區別一見明瞭ナリト雖モ吾人ヲシテ生命保險ノ字義ヲ解釋スルニ苦マシムルモノハ人ノ生死ニ關スル云云ノ字句ノ解釋ノ不明ナルカ爲メナリ  
人ノ生死ニ關スルトハ如何ナル意味ヲ有スヘキカ極メテ明瞭ナルカ如クニシテ種種ノ疑問ノ發生スルヲ見ル之ヲ最モ狹義ニ解釋スル者ハ人ノ生死トハ人ノ出生及ヒ死亡ヲ云フナリト爲ス然レトモ是レ最モ窮屈ナル解釋ニシテ我商法ノ精神ニ違反シ生命保險ノ原理ニ適合セザルコト何人モ異論ナカルヘシ

次ニ稍、廣ク人ノ生死トハ生存及ヒ死亡ヲ意味スト爲ス者アリ此解釋ニ依レハ死亡保險即チ人ノ死亡ナル事故ノ發生スルニ依リ保險金額ヲ支拂フヘキモノ及ヒ生存保險即チ一定ノ時期及ヒ生存スルトキハ一定ノ金額ヲ支拂フヘキモノ竝ニ生死混合保險即チ被保險者カ一定ノ時期マテ生存スルカ又ハ其期間内ニ死亡スルトキハ一定ノ金額ヲ支拂フヘキモノハ何レモ生命保險タルヘシ然レトモ徵兵保險即チ人カ徵兵ニ採用セラレタルトキハ一定金額ヲ支拂フヘシト契約スルカ如キハ生命保險ノ中ニ入ラス徵兵ナル事故ハ人ノ生存若クハ死亡ニ非サレハナリ又病傷保險即チ人カ疾病ニ罹リタルトキ一定ノ金額ヲ支拂フコトヲ約スルモノノ如キ生存保險又ハ死亡保險ニ非ス又生存死亡ノ混合保險ニモ非ス隨テ生命保險ニ非スト云フコト爲ルヘシ  
次ニ更ニ廣ク生死ナル文字ヲ解釋シテ人ノ生命、身體ニ關スルノ意義ナリト爲ス者アリ此意義ニ依レハ病傷保險ハ生命保險ノ中ニ入ルヘシト雖モ徵兵保險ハ生命保險ノ中ニ含マシムルコト能ハサルヘシ

最モ廣ク人ノ生死ナル文字ヲ解釋スル人ハ之ヲ以テ人ノ生命、身體、自由、節操、信用ヲ含ムモノナリト爲スカ如シ此意義ヲ以テスレハ信用保險即チ債務者ノ債務不履行又ハ被僱者ノ不信用ナル行爲アリタルトキ一定ノ金額ヲ支拂フコトヲ約スルモノノ如キ亦生命保險ノ中ニ含マシムルヲ得ヘシ

此ノ如ク人ノ生死ニ關スル云云ニ付テハ種種ナル見解ヲ立テ得ヘシ而シテ之ヲ人ノ出生及ヒ死

亡ニ限局スルハ狭キニ失スヘク之ヲ自由、節操、信用マテニ擴張スルハ廣キニ過キサルカ之ヲ商  
 法立法當時ノ趣旨ニ考フルニ商法修正案理由書ニ依レハ其生命保險ト稱スルハ死亡保險、生存  
 保險及ヒ生命年金ノ三者ヲ包含セシムル而シテ病傷保險ヲ除外セハ勿論之ヲ禁止スルノ意思  
 アルニ非ス現今我國ニ之ヲ行フモノ殆ト絶無ナレハ暫ク之カ規定ヲ設クルヲ止メテ實際保險ノ  
 原則ト當事者ノ特約ニ譲リタリ云云トアリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ商法制定ノ時ニ於テ生命保險  
 ト稱スルハ人ノ生存及ヒ死亡ニ關スル事故ヲ條件トスル保險ヲ意味シタルモノニシテ總テ商法  
 第四二七條ニ人ノ生死ニ關シラ云云トアル生死トハ人ノ生存及ヒ死亡ヲ意味シタルモノナリト  
 解釋スルヲ穩當ナリト謂ハサルヘカラス果シテ然ラハ病傷保險ナルヤ否ヤ商法ニ云フ生死ナル  
 文字ヲ人ノ生存及ヒ死亡ニ限局スルトキハ病傷保險ハ生命保險ニ非スト謂ハサルヘカラス商法  
 修正案理由書ニ依ルモ病傷保險ハ少クモ商法ニ謂フ生命保險ニ非スト云フコト爲ルヘシ舊商  
 法ニ於テハ其第一章第五節ニ於テ「生命保險、病傷保險及ヒ生命年金保險」ト題シ病傷保險ハ  
 明カニ生命保險ト區別セラレタリ然レトモ新商法以前ニ於テ我國ニ病傷保險會社ナルモノ存在  
 シタルコトアリ而シテ其後此會社カ單ニ名稱ヲ改メタルノミニテ生命保險會社トシテ存在シ保  
 險業法上生命保險會社トシテ取扱ヲ受ケツツアルモノアリ此點ヨリ觀レハ保險事業監督上ニ於  
 テハ病傷保險會社カ生命保險會社トシテ取扱ハレタルハ既存ノ事實ナリト謂ハサルヘカラス  
 次ニ然ラハ徵兵保險ハ生命保險ナルヤ否ヤ此場合ニ於テモ徵兵ナル事故ヲ以テ人ノ生死ニ關ス

ル事故ナリトハ斷言スルヲ得サルヘシ故ニ生死ナル文字ヲ生存及ヒ死亡ノ意義ナリトスルトキ  
 ハ徵兵保險モ亦生命保險ニ非ス左レハトテ之ヲ損害保險ナリトスルモ困難ナルヘシ何トナレハ  
 徵兵ナル事故ノ發生ハ之ヲ損害ト謂フコトヲ得ス兵役ハ國民ノ義務ナルト共ニ權利ナリ縱令之  
 ヲ以テ損害ナリトスルトモ損害ノ測定ハ如何ニシテ之ヲ爲スヘキカ損害ノ測定ヲ爲シ能サルモ  
 ノニ付テハ損害保險ハ其性質上成立スルコトヲ得サルナリ尤モ或學者ハ徵兵保險ニ二種アリ即  
 チ徵兵適齡ニ達シタルトキ一定ノ金額ヲ支拂フコトヲ約スルモノト果シテ徵兵ニ採用セラレタ  
 ルトキ一定ノ金額ヲ支拂フコトヲ約スルモノト二是ナリ而シテ前者ハ徵兵適齡ナル一定ノ時  
 期ニ達スルトキハ保險金ヲ支拂フモノナルヲ以テ一ノ生存保險ナルコト明カナリ後ノ場合ニ於  
 テモ徵兵ニ採用セラレタルコト云フコトハ不確定ナル期限ノ到來ナリ前者ト異ナル所ハ期間カ不確  
 定ナルニ在ルノミ一ノ生存保險タルニ於テハ異ナルコトナシト曰ヘリト聞タ然レトモ予ハ違ニ  
 之ニ賛成スルコト能ハサルナリ而シテ我國ニ於テハ徵兵保險事業ヲ營ムモノアレトモ保險業法  
 上生命保險事業ノ一種トシテ認メラルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ保險業法ノ精神ニ  
 依レハ生命保險業者ハ他ノ事業ハ勿論損害保險事業ヲモ兼營スルコトヲ許サス然ルニ徵兵保險  
 事業ト他ノ生命保險ト兼營スルコトハ明カニ認メラレ居ルナリ故ニ我國ニ於テハ商法上ノ解釋  
 如何ニ拘ハラス徵兵保險ハ生命保險ノ一種ナリト看做サレ居ルハ既存ノ事實ナリ勿論何故ニ徵  
 兵保險カ生命保險ノ一種ナルカ又生命保險ノ一種ト認ムルコトノ正當ナルカニ付テノ議論ノ餘



此ノ如ク人ノ生死ニ關スル云云ヲ人ノ生存及ヒ死亡ニ關スル云云ト解釋スルヲ以テ商法上其當  
ヲ得タルモノト爲ストキハ病傷保險及ヒ徵兵保險ハ之ヲ生命保險ナリト爲スコト能ハス病傷及  
ヒ徵兵ノ事故ハ人ノ生死ニ關スル事故ニ非サレハナリ果シテ然ラハ此等ハ損害保險ナリト謂フ  
ヲ得ヘキカ損害保險ハ一定ノ偶然ナル事故ノ發生ニ因リテ生シタル損害ヲ填補スルヲ以テ其趣  
旨ト爲ス然ルニ此等ノ保險ハ損害ヲ測定シテ之ヲ填補スルノ趣旨ニ非ス唯事故ノ發生ニ因リテ  
一定ノ金額ヲ給付スルノミ損害ノ額ニ關セサルナリ就中徵兵ノ如キ之ヲ損害ナリト謂フ能ハス  
病傷ノ如キ損害ノ測定極メテ困難ナリト謂ハサルヘカラス左レハ此等ノ保險契約ニ於ケル保險  
者ノ責任ハ一定ノ金額ノ給付ニ在リテ損害填補ニ在ラヌ故ニ此等ノ點ヨリ觀ルトキハ之ヲ以テ  
損害保險ナリト斷定スルヲ得サルナリ

要スルニ病傷保險及ヒ徵兵保險ハ我商法上ノ解釋トシテハ生命保險ニモ非ス損害保險ニモ非ス  
特別ノ原則ヲ有スル一種ノ保險ナリ而シテ之ヲ實際ニ行フニ當リテハ商法ノ規定上生命保險ノ  
規定ニモ依ラス損害保險ノ規定ニモ依ラス保險ノ學理上ノ原則ト當事者間ノ特約ニ依リテ行ハ  
ルヘキモノナリト云フヘキカ而シテ保險業法ニ依レハ保險事業ハ主務官廳ノ監督ニ屬ス保險業  
法ニ謂フ保險事業トハ商法ニ所謂生命保險及ヒ損害保險ニ限ラルモノニ非ス故ニ前記ノ保險  
ト雖モ一種ノ保險ナルカ故ニ之ヲ事業トシテ行フ場合ニ於テハ保險業法監督ノ下ニ立タサルヘ

カラス

## 第二章 生命保險契約ノ性質

生命保險契約ノ性質ニ付テハ種種ナル議論アリ其重ナルモノヲ少シク説明セントス

生命保險ハ眞ノ保險ナルヤ否ヤニ付キ議論ヲ爲ス學者モアルカ如シ其論旨ニ依レハ死亡保險ハ  
保險ニ非ス元來物保險ナルモノハ損害ノ填補ヲ意味ス即チ被保險者ノ有スル保險ノ目的カ侵害  
セラルルニ因リテ生スル損害ヲ填補スルニ在リ而シテ損害ノ原因タル事故ノ發生ハ全ク不確定  
ニシテ唯其度アルニ過キス然ルニ生命保險ニ在リテハ保險者ノ保險金支拂ノ原因タルヘキ事故  
ノ發生ハ常ニ確定セリ唯其時期カ確定セルノミ人ノ死亡ナルコトハ何人モ免レ得ル所ニ非ス唯  
死亡ノ時期カ定マラサルノミ又損害保險ノ場合ニ於テハ損害ハ常ニ被保險物ノ減失又ハ侵害サ  
ルルニ依リテ成立ス故ニ其損害ノ額ヲ測定スルコトヲ得ヘシ而シテ其測定セラレタル損害ノ範  
圍内ニ於テノミ損害ハ填補セラルルナリ然レトモ生命保險ノ場合ニ於テハ損害ヲ填補スルニ非  
ス事故カ發生スレハ豫メ契約ヲ以テ定メタル一定ノ金額ヲ支拂フニ過キス故ニ生命保險ハ眞正  
ノ保險ニ非スト爲スナリ

然レトモ此說ハ生命保險ハ損害保險ニ非スト爲ス說トシテハ勿論價值アルヘシ然レトモ保險ハ  
損害保險ニ限ルト斷定シ得ルニ非サル以上ハ此說ハ單ニ生命保險ハ損害保險ニ非スト云フニ過

キスシテ生命保險ハ保險ニ非スト云フ論トハ爲ラス生命保險ハ損害保險ト全ク異ナレル基礎ニ立ツ一種ノ保險ナリト言フヲ憚ラサルナリ

生命保險ハ保險ナリトスル學者ノ間ニ在リテモ生命保險契約ハ如何ナル性質ヲ有スルモノナルカニ付キ種種議論アリ其學說ノ一二ヲ説明セシ

(一)「テール」氏ノ說ニ依レハ生命保險契約ハ射倖的消費貸借契約ナリト云フ此說ニ依レハ生命保險ニ於ケル保險契約者カ毎年若クハ一定ノ時期ニ支拂フ保險料ハ保險者ニ對シ消費ヲ許シテ之ヲ貸與スルモノナリ保險者ハ之ニ對シテ被保險者ノ死亡ナル一定ノ時期ニ於テ一定金額ノ辨濟ヲ爲スナリ而シテ此一定金額ニハ曩ニ支拂レタル保險料ノ利子及ヒ此利子ニ附加セラレタル利子ヲモ含ムモノナリ其射倖的ナル所以ハ毎年若クハ一定ノ時期ニ支拂ハルヘキ保險料ハ一定ノ期間其支拂ヲ繼續セラルルモノニ非ス發生ノ時期ノ不確定ナル死亡ナル事故ニ發生スルマテ其支拂ヲ繼續セラルル即チ保險料支拂繼續ノ期間ハ不確定ナリ然ルニ其辨濟セラルヘキ金額ハ其死亡ナル事故發生マテニ既ニ拂込マレタル保險料其利子及ヒ利子ノ利子ニ限ラルルニ非スシテ契約締結ノ當初ニ於テ豫メ合意セラレタル一定ノ金額ヲ支拂ハサルヘカラス即チ死亡ナル事故早ク發生スレハ保險料ノ支拂少クシテ比較的多クノ保險金額ヲ受クルコトヲ得ヘク其時期遅ルトキハ多クノ保險料ヲ拂込ムニモ拘ハラス前者ト同一ノ保險金額ヲ取得スルナリ故ニ此點ニ於テ此消費貸ハ射倖的ナリト云フナリ

然レトモ此說ハ少クトモ當事者ノ真意ニ反ス生命保險契約ニ於ケル保險契約者カ保險料ヲ支拂フハ之ヲ貸與スルノ意思ニ非ス事故ノ發生アリタル場合ニ於テ一定ノ金額ヲ支拂フヘキ義務ヲ負擔スルニ對シテ保險者ニ與フル報酬ナリ保險者カ保險金額ヲ支拂フハ債務ノ辨濟ヲ爲スニ非ス保險契約ニ基ク義務ヲ履行スルニ過キス左レハ此說ハ事實ノ結果ヨリ觀タル說ニシテ決シテ當事者ノ意思ニ適應スル解釋ニ非サルナリ

(二) 賣買契約說此說ニ依レハ生命保險契約ハ一種ノ賣買契約ナリト爲スナリ此種ノ說ニ二種アリ其一ハ被保險者ハ保險者ニ支拂フヘキ保險料ヲ代價トシテ後ニ支拂ハルヘキ保險金額ヲ購買スルナリト稱シ其二ハ恰モ之ト反對ニ保險者ハ被保險者カ死亡シタルトキ支拂フヘキ一定ノ金額即チ保險金額ヲ代價トシテ年年保險契約者ヨリ保險料ノ支拂ヲ受クヘキ權利ヲ購買スルモノナリト爲スナリ

此等ノ學說ハ古キ獨逸法ニ於ケル定期金ノ規定ニ關係ヲ有スル觀念ナリト稱セラルル所ニシテ今日行ハル生命保險契約ニ對スル當事者ノ意思ト合致スルモノニ非ス寧ロ事實ノ真想ノ遠キモノト謂ハサルヘカラス

(三) 保險及ヒ貯金混合說 此說ニ依レハ生命保險契約ハ保險契約ト貯金契約トヲ併セ合メル契約ナリト爲スナリ即チ生命保險契約ヲ締結スル人ハ自己ノ老年又ハ自己ノ死亡後ニ於ケル安全ヲ計ランカ爲メニ資本ノ貯蓄ヲ力ムルト同時ニ不幸ニシテ自己カ希望シタル資本額ニ達ス

ル能ハスシテ死亡スルノ危険ヲ避ケントスルモノナリ換言スレハ保險契約者ハ自己ノ死亡ニ因リ豫期シタル資本ヲ貯蓄スル能ハサル虞アルヲ以テ此場合ニ於テハ其不足額ヲ合セテ保險者ヨリ得シカ爲メニ保險料ヲ支拂フモノナリ左レハ保險料ノ一部ハ其儘貯蓄セラレ保險者ノ管理ニ依リテ資本ノ一部ヲ構成スヘキモノナリ此貯蓄ニ充テラルヘキ部分ヲ稱シテ保險料積立金ト爲シ保險者ハ必ス被保險者ノ爲メニ之ヲ積立テタルヘカラス而シテ保險料ノ他ノ一部ハ純粹ノ保險料ニシテ一定ノ資本ヲ貯蓄スルニ至ラサル前ニ被保險者カ死亡シタル場合ニ於テ其不足額ヲ支拂フヘキ危険ヲ保險者カ引受タルニ對シ支拂ハルル報酬ナリ此部分カ純粹ノ所謂保險料ナリ故ニ前段ニ述ヘタル所ニ付テハ貯蓄ヲ意味シ後ニ說キタル點ニ付テハ保險ノ性質ヲ有スルモノナリト爲ス説ナリ

此說モ亦當事者ノ意思ヲ説明シタルモノニ非ス生命保險ハ貯蓄ト大關係ヲ有シ生命保險事業ニ依リ資本貯蓄ノ行ハルルコト大ナルハ勿論ナリト雖モ是レ生命保險契約ノ本來ノ性質ニ非スシテ其結果ニ過キス生命保險契約ノ趣旨トスル所ハ豫メ一定ノ報酬ヲ支拂ヒ生死ニ關スル事故發生シタル場合ニ於テ一定金額ノ支拂ヲ受クルト云フニ在ラサルヘカラス保險料積立金ヲ積立ツルハ被保險者ノ貯蓄ヲ假ニ預リタルモノトシテ爲スニ非ス後日ニ至リテ發生スヘキ保險者ノ保險金支拂ノ義務履行ノ安全ヲ確保スル爲メ保險者自ラ之ヲ積立ツルニ過キス殊ニ此說ニ依レハ定期保險即チ一定ノ期間内ニ死亡スレハ保險金ヲ支拂ヒ幸ニシテ生存スレハ保險料ハ掛捨ト爲

ルモノノ如キハ之ヲ生命保險トシテ説明スルコト能ハサルニ至ル

以上ノ如ク生命保險契約ノ性質ニ付テハ種種ナル學說アリト雖モ要スルニ生命保險契約ト損害保險契約トカ全ク其性質ヲ異ニスルハ疑ヲ容レサル所ナルヘシ前ニモ述ヘタル如ク損害保險ニ於ケル事故ハ果シテ發生スルヤ否ヤ如何ニ發生スルヤ又何時發生スルヤニ付テ常ニ不確定ナリ然ルニ生命保險ニ於ケル死亡ナル事故ハ何人モ免ルルコト能ハス唯其來ルヘキ時期ノ測定シ能ハサルノミ又損害保險ニ於テハ其損害ハ常ニ之ヲ測定スルヲ得ヘシ生命保險ニ於テハ損害ノ測定ト云フコトナシ尤モ學者ニ依リテハ生命保險ニ於ケル事故モ損害ヲ意味スト爲シ其結果生存保險ニ於ケル生存ナルコトモ生存スルトキハ費用ヲ要スルカ故ニ一種ノ損害ナリト云フニ至ルマテ極論スル學者モアルカ如シ然レトモ此等ノ學者ト雖モ仍ホ生命保險ニ於テ完全ニ損害ノ測定シ得ルモノナルヲ以テ損害保險ノ趣旨ハ損害填補ニ在リ故ニ超過保險ノ原則行ハレテ被保險者ハ常ニ損害填補以上ノ利益ヲ享ルコト能ハス之ニ關連シテ重複保險、同時保險及ヒ一部保險ノ原則モ發生スルナリ然ルニ生命保險ノ趣旨ハ一定金額ノ支拂ニ在リテ損害カ果シテ填補セラ

保險ナルコトヲ示セリ尤モ生命保險ニ關スル原則ト損害保險ニ關スル原則トハ其ニ海上保險ヨリ發達シタルモノ多ク總テ損害保險ノ規定カ生命保險ニ準用セラルルコト多キハ我商法ノ條文ニ徴スルモ明カナリ

### 第三章 生命保險契約ニ於ケル當事者

生命保險契約ニハ四箇ノ當事者アリ保險者、保險契約者、被保險者及ヒ保險金受取人はナリ保險者ハ報酬ヲ受ケテ相手方ニ一定金額ヲ支拂フコトヲ約スルモノナリ又保險契約者ハ保險契約ノ相手方ニシテ保險者ニ報酬ヲ與フルモノナリ保險者及ヒ保險契約者ニ付テハ損害保險ニ於ケルト同様ニシテ本章ニ於テ特ニ述フヘキ必要ナシ唯被保險者及ヒ保險金受取人ニ付テ少シク述ヘントス

一 被保險者 損害保險契約ニ於ケル被保險者トハ被保險利益ヲ有スル者ヲ謂フ而シテ損害保險ハ損害填補ヲ目的トスルヲ以テ其損害填補ノ爲メニ保險金ヲ受取ルヘキ者ハ被保險者ナラサルヘカラス然ルニ生命保險ニ於ケル被保險者トハ保險ニ付セラルル身體ヲ有スル者ヲ指シテ謂フナリ即チ商法第四二七條ニ於テ「相手方又ハ第三者ノ生死ニ關シテ云云」ト云ヘル相手方又ハ第三者ヲ稱シテ被保險者ト謂フナリ故ニ保險契約者自ラ同時ニ被保險者タルコトアリ又全ク他人カ被保險者タルコトアリ得ルナリ左レハ生命保險ニ於ケル被保險者ハ損害保險ニ於ケル被保險者ノ如ク必スシモ常ニ保險金ヲ受取ルヘキモノニ非ス勿論被保險者カ時ニ保險金受取人タルコトアリト雖モ保險契約者其他ノ者カ保險金受取人タルコトアリ得ルナリ

二 保險金受取人 茲ニ保險金受取人ト稱シタルハ商法ニ所謂保險金額ヲ受取ルヘキ者ヲ略稱シタルナリ此保險金額ヲ受取ルヘキ權利ヲ有スル者ハ同時ニ保險契約者タルコトアリ被保險者タルコトアリ又全ク他人ナルコトアリ

商法第四二八條ノ規定ニ依レハ保險金受取人ハ被保險者自身若クハ其相續人或ハ其親族ナルコトヲ要ス舊商法ニ於テハ他人ノ生命ニ付キ財産上ノ利益ヲ有スル者ハ其人ノ生命ニ關シ保險契約ヲ締結スルコトヲ得タリト雖モ新商法ニ於テハ保險金受取人ハ「被保險者、相續人又ハ親族ナルコトヲ要ス」ト爲シタリ斯ル制限ヲ設ケタル趣旨ハ元來生命保險契約中最モ多數ヲ占ムルハ自己ノ生死若クハ近親ノ生死ニ關シ契約スルモノニシテ財産上ノ利益ヲ有スルコトニ依リテ契約スルモノニ非ス又苟モ財産上ノ利益ヲ有スル以上ハ他人ノ生死ニ關シ契約スルコトヲ得ルモノトセハ所謂保險詐欺ナルモノノ頻繁ニ行ハル弊アルヤ必セリト云フニ在ルカ如シ

生命保險契約ノ多數ハ自己ノ生死又ハ近親ノ生死ニ關スルモノナリトハ未タ遽ニ斷定スルコト能ハサル所ナリ保險詐欺頻繁ニ行ハルヲ防止セシメカ爲メニ此制限ヲ設ケタルモノナリトセハ相當ノ理由アリ然レトモ單ニ保險詐欺防遏ノミカ其目的ナランニハ保險會社ヲ保護スルカ主タル目的ト爲ルヘシ然ルニ事實ニ於テハ保險會社ハ此規定ニ基テ束縛ヲ脱セシコトヲ希望シ居ル



モノナルカ故ニ此理由ノミニ依リ此嚴重ナル制限アルモノトセハ寧ロ會社ノ希望ニ依リ之ヲ解クノ愈レルニ若カス

然レトモ此規定アルカ爲ニ我國家社會ニ於テハ公安公益ノ間接ニ保護サルルコト多キヲ信ス現今我國民ノ道義上ノ狀態ニ於テハ保險金詐欺ノ目的ヲ以テ謀殺其他殘忍ナル犯罪行為ノ行ハルルコト少カラス現今此嚴重ナル制限ノ下ニ於テモ仍ホ宗教上ノ迷信ヲ利用シテ實妹ヲ自殺セシメ以テ巨額ノ保險金ヲ詐取セントシタル僧侶アリ或ハ虛弱ナル實弟ニ對シ亞砒酸ヲ用ヒテ之ヲ毒殺シ多額ノ保險金ヲ受取リタル村長アリ此ノ如キ類例決シテ尠少ニ非ス保險金詐欺ノ目的ノ爲ニハ親族間ニ於テモ仍ホ此ノ如キ殘忍ナル行為ヲ爲ス者少カラサルニ當リ他人ト雖モ保險金受取人ト爲ルヲ得セシムルニ於テハ弊害ノ恐ルルコト想像ニ餘アリト謂フヘシ現行商法ニ於テ此第四二八條ノ制限ヲ設ケテ公安公益ノ保護ニカメタルコト洵ニ至當ナリト謂ハサルヘカラス商人道德ノ不十分ナル我國ニ於テハ蓋シ己ムヲ得サルナリ

又我國家社會ノ事物ハ總テ過渡ノ時代ニ在リ封建制度敗レテ立憲政治始マリ家族制度廢セラレテ箇人制度ニ移ラントス而シテ家族制度及ヒ箇人制度ノ利害得失ニ付テハ進ニ斷定スルコト能ハスト雖モ人多クハ箇人制度ヲ以テ家族制度ニ勝レリト爲シ前者ハ後者ノ進歩シタルモノナリト爲スカ如シ然レトモ或ハ我建國ノ基礎ノ家族制度ニ在ルヲ考ヘ或ハ從來ノ家族制度ヲ緩和スルニ箇人制度ノ幾分ヲ以テシ其調和宜キヲ得ハ最も完全ナル社會制度ヲ得ヘキヲ思ヒ或ハ極端

ナル箇人制度ハ社會黨若クハ其政府黨ノ源泉ナルヲ觀レハ未タ達ニ家族制度ヲ全廢スルコト能ハス此時期ニ當リ商法第四二八條ノ如キ家族制度ノ規定ヲ全廢シ箇人制度ノ規定ヲ採用センコト慎重ニ考量セサルヘカラサル所ナリ法文ノ良否僅ニ商法法典ノ一箇條ニ過キスト雖モ社會政策上重要ナル關係ヲ有スルコトヲ知ラサルヘカラス

故ニ此第四二八條ノ制限ノ規定ハ我國ノ現狀ニ照シ至當ナルモノニシテ之カ爲メニ被ル不便少カラスト雖モ其不便ハ此公益ノ規定ヲ全然排斥シ去ル程度ニ在リト信スルヲ得ス

然レトモ此問題ハ現今ノ生命保險事業者間ニハ重要ナル問題ト爲リ一部ノ學者及ヒ事業家ハ之カ改正ヲ希望シ左記ノ意見ヲ發表シタリ

法典修正意見

商法第四二八條ニ「保險金額ヲ受取ルヘキ者ハ被保險者其相續人又ハ親族ナルコトヲ要ス」トアルヲ何人ト雖モ被保險者ノ承諾ヲ得テ保險金受取人ト爲リ得ルコトニ修正スルコト

理由

一 公私ノ法人例ヘハ市町村學校、病院、社寺、養育院等ヲ受取人トシテ之ニ寄附ヲ爲スコト能ハス

二 多數ノ雇人ヲ使用スル業主カ忠實ナル雇人ヲ得ンカ爲メニ生命保險ヲ利用シテ恩給ノ保護ヲ與フルコト能ハス

商法商行為 保險法 生命保險 生命保險契約ニ於ケル當事者

三 戸籍上六等親以外ニシテ而モ親密ナル關係アル者ヲ保護スル爲メニ生命保險ヲ利用スル

コト能ハス

四 戸籍上證明スルコト能ハサルモ實際上血縁アル親族ニ保險金ヲ與フルコト能ハス

五 債權者ニ對シ生命保險ヲ利用シ自己ノ信用ヲ高ムルノ途ナシ

此等ノ理由ニ依リ商法第四二八條ノ公益の規定ヲ改正スルノ必要アリヤ否ヤ其斷定ニ至リテハ之ヲ諸君ノ研究ニ俟ツ

次ニ保險金受取人ハ保險契約ニ對シ權利ヲ有スルヤ否ヤ若シ有スルトセハ果シテ如何ナル權利ヲ有スヘキヤニ付テ少シク研究ヲ試ミントス

損害保險ニ在リテハ其目的損害填補ニ在ルヲ以テ保險契約者ト爲ル者ハ多クハ同時ニ被保險者タリ而シテ被保險利益力侵害セラレタル場合ニ於テ其填補ヲ受クル者換言スレハ保險金額ヲ受取ルヘキ權利ヲ有スル者ハ常ニ被保險者ナリ故ニ損害保險契約ノ場合ニ於テハ保險契約者、被保險者及ヒ保險金ヲ受取ルヘキ者ハ相一致スルコト多シ隨テ保險金ヲ受取ルヘキ者カ其保險契約ニ關シ如何ナル權利ヲ有スルカ其權利ノ有無、性質等ニ付テ特ニ困難ナル問題ノ發生スルコト少カルヘシ唯保險契約者カ被保險者ノ委任ヲ受ケスシテ保險契約ヲ締結シタル場合ニ於テ「保險金ヲ受取ルヘキ者」ノ權利如何ノ問題ノ發生スルヲ見ルヘシ而シテ此場合ニ於テハ民法第五三七條ニ示セル第三者トシテノ權利ヲ以テ説明スヘキモノナリト信ス旨ハ之ヲ損害保險契

約ニ於ケル被保險者ノ權利義務ノ中ニ附言セリ

然ルニ生命保險契約ニ在リテハ保險契約者カ同時ニ被保險者タリ保險金ヲ受取ルヘキ者タルコト勿論是アリト雖モ所謂保險金受取人ハ同時ニ保險契約者ナラサルコト頗ル多シ加之生命保險契約ニ在リテハ保險金受取人ト爲リ得ヘキ者ハ必スシモ被保險者ニ非ス被保險者ノ相續人又ハ親族ハ保險金受取人ト爲ルコトヲ得故ニ同時ニ保險契約者ニ非サル保險金受取人ハ該保險契約ニ關シ如何ナル地位ニ立ツヘキカ保險金受取人ハ事故力發生スルコトキハ保險金ヲ受取ルヘキモノナルカ故ニ該保險契約ニ關シ何等カノ利益關係ヲ有スルコト疑ヲ容レス然ラハ保險金受取人ハ該保險契約ニ關シ或權利ヲ有スルカ若シ之ヲ有スルトセハ其權利ノ性質如何ニ付テ研究セサルヘカラス

元來契約ハ當事者間ニ於テノミ效力ヲ有スルコトハ學說、立法例ノ認ムル原則ナリ第三者ノ爲メニスル契約ハ寧ロ此原則ノ例外ナリト謂ハサルヘカラス而シテ此第三者ノ爲メニスル契約約カ第三者ニ對シテ如何ナル影響ヲ及ボスヘキカニ付テハ學說、立法例共ニ種種ナル異論アルカ如シ

羅馬法ニ於テハ契約ハ當事者間ニ限リ效力ヲ有スルモノニシテ第三者ノ爲メニスル契約ハ全ク無効ナリト爲セリ蓋シ羅馬法ニ在リテハ「利益ナケレハ訴權ナシ」ト云フ原則アリ第三者ノ爲メニ給付ヲ爲スコトヲ契約シタル當事者ハ其契約ニ依リ受ケ得ヘキ利益ヲ有セス故ニ其契約ハ

當事者間ニ於テ效力ヲ生セス又羅馬法ニハ他人間ノ行爲ハ己ヲ利セス害セスト云フ格言アリ故ニ第三者ノ爲メニスル契約ハ第三者ノ爲メニモ效力ヲ生スルコトナシト云フニ在リ尤モ一二ノ例外ハ認メラレタルカ如シ

英米法ニ於テハ對價ヲ以テ契約ノ成立要件ト爲ス故ニ對價ナキ契約ハ原則トシテ無効ナリ然レトモ對價ノ存スル以上ハ第三者ノ爲メニスル契約ナリト雖モ當事者間ニ於テハ有效ニ成立ス然レトモ第三者ノ爲メニハ何等ノ效力ヲ生セス何トナレハ契約ノ當事者ニ非サル者ハ契約上ノ權利義務ヲ負擔セスト云フ原則アリテ殆ト例外ナケレハナリ

佛國民法ニ於テハ其第一一六五條ニ於テ合意ハ契約者ノ間ニ非サレハ效力ヲ生セス又合意ハ第三者ヲ害セス而シテ又第一一二條ニ定メタル場合ノ外第三者ヲ益スルコトナシト規定シ第一一二條ニ於テハ第三者ノ爲メニスル合意ハ之ヲ自己ノ爲メニスル合意若クハ他人ニ對スル贈與ノ條件タル場合ニ於テ有效ナリ而シテ第三者ノ爲メニスル合意ヲ爲シタル者ハ第三者カ其合意ニ因ル利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル後ニ於テハ其合意ヲ廢棄スルコトヲ得ストノ趣旨ヲ規定セリ是ニ由テ之ヲ觀レハ佛國民法ノ趣旨ハ第三者ノ爲メニスル契約ハ第三者ニ對シ無効ナルヲ原則トシ其契約カ自己ノ爲メニスル合意又ハ他人ニ對スル贈與ノ條件タル場合ニ於テノミ

第三者ニ對シテ有效ナリト爲スカ如シ  
獨逸民法ニ於テハ第三者ノ爲メニスル契約ハ當事者間ニ於テハ勿論第三者ニ對シテモ直接ニ效

力ヲ生スト爲セリ獨逸民法第三二八條ニ依レハ契約ニ因リ當事者ノ一方カ第三者ニ對シテ給付ヲ爲スヘキコトヲ約シタルトキハ其第三者ハ直接ニ其給付ヲ請求スル權利ヲ有スト規定セリ而シテ獨逸民法ニ於テハ更ニ第三三〇條ニ於テ生命保險又ハ年金契約ニ依リ保險金額又ハ年金ヲ第三者ニ支拂フヘキコトヲ約シタルトキハ其第三者ハ直接ニ給付ヲ請求スヘキ權利ヲ取得シタルモノト看做スト規定セリ左レハ獨逸民法ニ於テハ保險金受取人ノ權利如何ニ關スル此問題ハ民法上明瞭ニシテ保險金受取人ハ第三者トシテノ權利ヲ有スルコト明カナリ

我民法ニ於テハ第三者ノ爲メニスル契約ハ當事者間ハ勿論第三者ニ取リテモ有效ナリ即チ民法第五三七條ニ依レハ其第一項ニ於テ契約ニ依リ當事者ノ一方カ第三者ニ對シテ或給付ヲ爲スヘキコトヲ約シタルトキハ其第三者ハ債務者ニ對シ直接ニ其給付ヲ請求スル權利ヲ有スル旨ヲ規定シ第二項ニ於テ「前項ノ場合ニ於テ第三者ノ權利ハ其第三者カ債務者ニ對シテ契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル時ニ發生ス」ト爲セリ而シテ尙ホ第五三八條ニ於テ「前條ノ規定ニ依リテ第三者ノ權利カ發生シタル後ハ當事者ハ之ヲ變更シ又ハ之ヲ消滅セシムルコトヲ得ス」ト規定セリ

獨逸ノ從來ノ生命保險ニ關スル學說ニ依レハ第三者ノ爲メニスル保險契約ニ於テハ第三者カ之ニ參加シ若クハ之ニ因リテ受クヘキ利益ヲ享受スルノ表意ヲ爲ササル間ハ保險契約者ハ任意ニ保險契約ヲ或ハ解除シ或ハ廢棄シ或ハ保險證券ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得ヘシ然レトモ第三

者カ之ニ參加シ若クハ利益ヲ享受スルノ表意ヲ爲シタル以上ハ第三者カ保險金額又ハ年金ニ對シテ有スル權利ハ玆ニ確定シ之ヲ剝奪スルコト能ハサルモノト爲セリ又或學者ノ說ニ依レハ第三者ノ爲メニ爲シタル保險契約ニ於ケル第三者ノ地位ハ普通ノ法律上ノ原則ニ據リテ之ヲ論スヘキモノニシテ此場合ニ於テハ第三者ノ爲メニスル契約ノ原則ニ據リテ之ヲ説明スルコトヲ得ヘシト爲セリ

我國ニ於テハ生命保險ニ關スル學術上ノ議論トシテ此問題ニ關シ特ニ説明セラレタルモノナキカ如シ然レトモ保險契約者カ自己以外ノ他人ヲ以テ保險金受取人ト爲シ事故發生シタル場合ニ於テ保險金額ヲ受取ルヘキ權利ヲ之ニ與フル場合ニ於テハ意思ノ明示、默示ヲ問ハス保險契約者ハ保險金受取人ト指定シタル者ニ對シ此契約ニ依リ一種ノ利益ヲ與フルノ意思ナリシコト疑ヲ容レサルヘシ換言スレハ此契約ヲ以テ保險金受取人ト指定セラレタル第三者ノ爲メニ爲シタル契約ナリト斷言スルヲ憚ラサルヘシ然ラハ本問題タル同時ニ保險契約者ニ非サル保險金受取人カ保險契約ニ對シ如何ナル地位ニ立ツカハ民法第五三七條ニ示セル第三者ノ爲メニスル契約ニ關スル規定ニ依リ之ヲ解釋スルヲ以テ至當トセサルヘカラス故ニ同時ニ保險契約者ニ非サル第三者ヲ保險金受取人ト指定シタル保險契約ハ保險契約者及ヒ保險者ニ對シテハ勿論其保險金受取人ニ對シテモ直接ニ效力ヲ發生スルモノニシテ其保險金受取人ハ保險契約ニ因リテ生スル利益ヲ享受スル意思ヲ保險者ニ表示シタル時ヨリ保險者ニ對シ事故發生ノ際ニ於ケル保險金額

支拂請求ノ權利ヲ直接ニ取得シタルモノナリト謂ハサルヘカラス而シテ保險金受取人カ利益享受ノ意思ヲ表示シタル以後ニ於テハ其事故發生ヲ條件ト爲セル保險金額支拂請求ノ權利ニ付キ保險契約者ト雖モ仍ホ保險金受取人ノ承諾ナクシテ之ヲ變更シ若クハ消滅セシムルコトヲ得サルニ至ルヘシ

以上ノ斷案ヲ以テ法律上正當ナル結論ナリト信ス然レトモ此結論ヲ遂行スルトキハ實際上甚シキ不便ヲ被ルヲ免レス生命保險契約ニ於テハ保險契約者カ自己以外ノ者ヲ保險金受取人ニ指定スルコト頗ル多シ就中死亡保險ノ場合ノ如キ多クハ保險契約者カ同時ニ被保險者ト爲リ而シテ自己ノ相續人若クハ妻子、親族ヲ保險金受取人ト指定スルモノナリ此等ノ場合ニ於テ保險契約ハ保險金受取人ニ對シ直接ニ效力ヲ生シ保險金受取人ハ其利益享受ノ意思表示ヲ爲シタル時ヨリ此契約ニ對スル權利ヲ有シ此權利ハ保險金受取人ノ承諾ナクシテ變更又ハ消滅セシムルコトヲ得スト爲ナハ實際上ノ不便決シテ少カラス生命保險ニ於テハ保險契約者カ保險契約關係ニ付キ多少ノ變更ヲ加フルコト少カラス或ハ契約ノ解除ヲ爲シ或ハ戰時危險ノ負擔ニ關シテ保險金額ノ割引ヲ承諾シ或ハ保險料年拂保險證券ヲ拂込濟保險證券ニ變更シ或ハ保險證券擔保ノ貸付ヲ受クル場合ノ如キ是ナリ又或ハ保險契約者ノ保險料不拂ニ因リテ保險契約ノ失效ト爲ル場合ノ如キ其他保險契約者ノ行爲ニ因リテ保險契約關係ニ變更ヲ及ホシ隨テ保險金受取人ノ權利利益ニ影響ヲ與フヘキ場合決シテ尠少ニ非ス而シテ前述ノ理論ニ從ハハ此等ノ場合ニ於テ常ニ保



險金受取人ノ同意ヲ得サルヘカラスル場合屢、發生スヘク保險契約者ハ當ニ其煩ニ堪ヘサルノミナラス之カ爲メ却テ自己本來ノ目的ヲ愆ルニ至ルコトアルヘク保險者モ亦常ニ此點ニ周到ナル注意ヲ爲スニ非サレハ不測ノ損害ヲ被ルコトナキヲ保スヘカラス隨テ事實上生命保險事業ヲ經營スルニ當リテ種種ナル困難及ヒ不便ヲ感スルニ至ルヘシ然レトモ此點ニ關シ事實上問題ノ發生シタルヲ聞カス唯生命保險相互會社設立ニ際シ社員カ他人ヲシテ其權利義務ヲ承繼セシムル場合ニ社員ハ保險金ヲ受取ルヘキ者ノ認諾ヲ得テ始メテ之ヲ行ヒ得ルモノナリヤ否ヤニ關シ疑問ノ發生シタルコトアリ理論上ハ保險金受取人ノ認諾ヲ要スルヲ正當ナリトストノ說多カリシカ事實上重大ナル利害關係ヲ惹起スヘキ問題ナルヲ以テ仍ホ十分ナル研究ヲ爲スコトナシ此問題ヲ決定スルニ至ラザリキ而シテ實際ニ於テ保險金受取人ハ被保險者自身若クハ其相續人或ハ親族ニ限ラレ且保險契約者ハ同時ニ被保險者タルコト多キカ故ニ此等ノ問題ノ發生スヘキ場合ニ於テ保險契約者モ保險金受取人ノ權利如何ヲ顧慮シタルコトナク保險金受取人モ亦此點ニ關シテ論爭シタルヲ聞カス保險會社モ亦何等ノ怪訝ヲ懷カサルモノノ如シト聞ケリ

商法第四二八條第一項ニ依レハ保險金額ヲ受取ルヘキ者ハ被保險者、其相續人又ハ親族ナラサルヘカラスルコトハ前述シタル如シ而シテ此公益の規定ノ趣旨ヲ貫徹センカ爲メニ商法ニ於テハ第四二八條第二項ニ「保險契約ニ因リテ生シタル權利ハ被保險者ノ親族ニ限りテ之ヲ讓受クル

コトヲ得ル旨ヲ規定セリ若シ此規定ナクシテ保險契約ニ因リテ生シタル權利ハ何人ト雖モ之ヲ讓受ケ得ルモノト爲ストキハ第四二八條第一項ノ公益規定ハ其精神ヲ失フニ至ルヘシ而シテ第四二八條第一項ノ場合ニ於テハ「相續人」ヲ掲ケ第二項ノ場合ニハ單ニ「被保險者ノ親族」ト爲シ相續人ヲ加ヘサルハ蓋シ相續人ハ被相續人死亡後ニ非サレハ確定セス故ニ第一項ノ場合ニ於テハ單ニ被保險者ノ相續人トノミ掲ケテ之ヲ保險金受取人ト爲スヲ得レトモ之ニ反シテ第二項ノ場合ハ保險契約ニ因リテ生シタル權利ノ讓渡ニ關スル規定ニシテ權利ノ讓渡ハ特定セル人ニ對シテ之ヲ爲ササルヘカラス隨テ未タ不確定ナル相續人ニ對スル讓渡ナルモノナキヲ以テ第二項ニ之ヲ掲ケザリシナリ（未段所說ニ付テハ商法修正案理由書第四二七條ノ說明）

而シテ第四二八條第二項ニ於テ保險契約ニ因リテ生シタル權利ノ讓渡ニ關シ其讓受ハ被保險者ノ親族ニ限ルトアルヲ見ルニ其保險契約ニ因リテ生シタル權利トハ如何ナル權利ヲ指スヘキカ保險者ノ保險料支拂請求權其他ノ權利ナルカ或ハ保險契約者ノ有スル權利ナルカ其共ニ然ラサルコト説明ヲ俟タスシテ自ラ明カナリ然ラハ畢竟保險金額ヲ受取ルヘキ權利ヲ謂フニ外ナラサルヘシ果シテ然リトセハ之ヲ前記保險金受取人ノ權利ニ付テ論シタル點ト對照シテ前段所論ニ對シテ有力ナル援助ヲ與フルモノナリト謂ハサルヘカラス

又生命保險契約ニ於ケル保險契約者ハ損害保險ノ場合ニ於ケルノ外尙ホ特別ノ權利ヲ有ス即チ保險金額ヲ受取ルヘキ者カ死亡シタルトキ又ハ被保險者ト保險金額ヲ受取ルヘキ者トノ親族關

係カ止ミタルトキハ保險金額ヲ受取ルヘキ權利ヲ有スル者ナキニ至ルヲ以テ此場合ニ於テハ保險契約者ハ更ニ保險金額ヲ受取ルヘキ者ヲ指定シ若クハ被保險者ノ爲メニ積立テタル金額ノ拂戻ヲ請求シ得ル權利ヲ有ス(四二八條三項)

又保險契約者カ前記ノ權利ヲ行ハスシテ死亡シタル場合ニ於テハ保險金額ヲ受取ルヘキ者ヲ指定スルモノナキヲ以テ商法ニ特ニ被保險者ヲ以テ保險金額ヲ受取ルヘキ者ト爲スヘキ旨ヲ規定セリ(二四八條四項)

## 第四章 餘論

前ニモ述ヘタルカ如ク我商法ハ生命保險ヲ以テ一種ノ保險ト認ムルト共ニ損害保險ト生命保險トヲ全ク區別セリ然レトモ兩者其原則ヲ共ニスルモノ多キヲ以テ損害保險ニ關スル規定ハ多ク生命保險ニ準用セラレタリ(四三三條)而シテ此等ノ規定ニ付テハ既ニ損害保險ニ於テ之ヲ論シタルヲ以テ茲ニ之ヲ反覆スルノ必要ヲ見ス唯本章ニ於テ損害保險ノ規定ト異ナレル二三ノ規定ニ付テ之ヲ併セ論スルニ止メントス

### 一 告知義務ニ付テ

損害保險ニ於テ保險契約者カ保險契約締結ノ時ニ當リテ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リ重要ナル事實ヲ告知セス若クハ重要ナル事項ニ付キ不實ノ事ヲ告ケサルトキハ其契約ハ無効ナルコト前

ニ述ヘタリ(三九八條)生命保險ニ於テハ保險契約者カ此告知義務ヲ負擔スルト同時ニ被保險者モ亦告知義務ヲ負擔ス蓋シ生命保險契約ニ在リテハ被保險者ノ生死ニ關シテハ保險契約ヲ締結スルモノナルカ故ニ被保險者ニ告知義務ヲ負擔セシムルニ非サレハ保險者ハ正當ニ危險ヲ引受クルコト能ハサルハ勿論ナレナリ(四二九條)

### 二 保險證券ニ付テ

保險證券ノ性質其他ニ付テハ損害保險證券ニ付テ論シタル以外ニ之ヲ説ク必要ナシ唯生命保險證券ニ於テハ多少證券記載事項ヲ異ニス即チ商法第四〇三條ニ掲ケタル事項(損害保險證券記載事項)ノ外尙ホ左記ノ事項ヲ記載スルコトヲ要ス(四三〇條)

#### 一 保險契約ノ種類

#### 二 被保險者ノ氏名

三 保險金額ヲ受取ルヘキ者ヲ定メタルトキハ其者ノ氏名及ヒ其者ト被保險者トノ親族關係ノ保險契約ノ種類トハ例ヘハ尋常終身保險或ハ二十年拂込養老保險ト稱スル如ク生命保險契約ノ種類ヲ記載セシム被保險者ノ氏名、保險金受取人ノ氏名及ヒ其被保險者トノ親族關係ヲ記載セシムルハ皆契約ノ内容ヲ明カニシテ誤解ヲ避クル爲メ固ヨリ必要ナル事項ニ屬ス

#### 三 保險者カ保險金額支拂ノ責任セサル場合ニ付テ

商法第四三一條ニ依レハ左ニ掲ケル二ノ場合ニ於テハ保險者ハ保險金額支拂ノ責任ヲ免ル

- 一 被保險者カ自殺、決闘其他ノ犯罪又ハ死刑ノ執行ニ因リテ死亡シタルトキ
  - 二 保險金額ヲ受取ルヘキ者カ故意ニ被保險者ヲ死ニ致シタルトキ
- 此等ノ場合ニ付テ少シク項ヲ分チテ論セントス
- イ 自殺ニ付テ

生命保險ニ於テ被保險者カ自殺シタル場合ニ於テ保險者ハ保險金額ヲ支拂フヘキヤ否ヤ立法上研究ノ餘地アリト信ス蓋シ損害保險ニ在テハ保險契約者又ハ被保險者ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リテ事故カ發生シタルトキハ之カ爲メニ被レル損害ハ保險者其填補スルノ責任セサルヲ原則トス(三九六條)然レトモ生命保險ニ在リテハ此ノ如キ規定ナク又損害保險ノ前記ノ規定ノ準用セラレタルヲ見ス是レ此原則カ生命保險ニモ當然ナルカ故ニ特ニ規定若クハ準用ナキニ非スシテ此原則カ生命保險ノ性質ト相容レサレハナリ故ニ何等ノ規定ナクハ被保險者カ自殺ニ因リテ死亡スルモ苟モ死亡ナル事故發生シタル以上ハ保險者ハ保險金支拂ノ責任セサルヘカラス唯第四三一條ノ規定アルニ依リ被保險者カ決闘其他ノ犯罪又ハ死刑ノ執行ニ因リテ死亡シタル場合ト同シク自殺ノ場合ニ於テモ亦保險者ハ保險金支拂ノ義務ヲ免ル此點ニ關シテハ我商法ニ於テハ解釋上何等ノ疑ナシ

外國生命保險會社ニ在テハ自殺ノ場合ニ於テモ保險金額ヲ支拂フヘキ旨其保險約款ニ明言スルモノ多シ箇人ノ生命ヲ尊重シ自殺ヲ罪惡ト信仰セル宗教風俗ノ下ニ在リテハ此約款ノ爲メ保險會社カ不測ノ損害ヲ被ルコト少カルヘシト雖モ我國ニ於ケルカ如ク比較的ニ箇人ノ生命ヲ輕視シ或場合ニ於テハ自殺ヲ名譽トシ神聖トスル邦俗ニ在リテハ自殺ノ場合ニモ尙ホ保險金額支拂ノ責任アリトスレハ保險會社ニ取リテハ甚タ危險ナリト謂ハサルヘカラス此點ヨリスレハ第四三一條第二項第一號ノ自殺ニ關スル規定ハ穩當ナリト謂ハサルヘカラス

然レトモ實際自殺シタル場合ニ於テ果シテ自殺ナリヤ否ヤヲ鑑別スルハ困難ナル問題ナリ人カ自殺スル場合ノ如キ多クハ精神障礙ヲ伴フモノニシテ醫學上果シテ精神障礙ニ起因シテ自殺シタルトセハ自己ノ手足ヲ用ヒテ自己ノ生命ヲ斷ツモノ之ヲ自殺ニ非スト謂フヲ得ヘシ此問題ニ關スル裁判所ノ判例ハ精神障礙ニ因リテ自ラ生命ヲ絶チタルハ自殺ニ非ストノ理由ニ依リ保險者ハ保險金支拂ノ責任ヲ免ルルコト能ハスト爲セリ(二十四年六月十日山口茂重對明治生命保險株式會社事件東京地方裁判所判決、同年十月二十日前記事件ニ關スル東京控訴院判決及ヒ三十二年六月十五日小林汀對愛國生命保險株式會社事件東京地方裁判所判決、同年七月十日前記事件ニ關スル東京控訴院判決參照)而シテ自殺カ果シテ精神障礙ニ起因スルヤ否ヤハ實際上ノ鑑定ニ屬スル問題ニシテ自殺ヲ以テ保險金支拂拒絶ノ理由ト爲シタル保險會社ハ裁判所ニ於テハ多クハ敗訴セリ故ニ此等ノ場合ニ付テ考フルトキハ第四三一條ノ自殺ニ關スル規定ノ效果ハ之ヲ疑ハサルヲ得ス

而シテ內國生命保險會社ハ何レモ自殺ノ場合ニハ保險金額支拂ノ責任セサル旨ヲ保險約款ニ

規定セリ唯自殺ノ場合ニ在リテモ會社ニ依リテハ保險金ヲ支拂フコトアルヘシトノ保險約款ヲ用フルモノ一ニアリ然レトモ其認定ノ標準ハ之ヲ明示シタルヲ見ス

ロ 失踪ニ付テ

前述シタル如ク自殺ノ場合ニ付テハ第四三一條ノ規定アルカ故ニ被保險者カ死亡スルモ保險者ハ保險金額ヲ支拂フヘキ責任ヲ免ルルコト解釋上疑ナシト雖モ失踪ノ場合ニ付テハ法律特ニ規定シタル點ナシ

被保險者ノ生死ニ關シ保險契約ヲ締結シタル場合ニ於テ被保險者ノ生死カ不明ト爲リタルトキハ保險契約ニ如何ナル影響ヲ及ボスヘキヤト云フニ民法ニ於テハ人ノ生死不明ト爲リタル場合ニ於テ之ニ關シ何等ノ規定ナキトキハ利害關係人ノ權利義務ハ長ク確定セス隨テ公益ヲ害スルコト少カラサルヲ以テ失踪ニ關スル規定ヲ設ケ從來ノ住所又ハ居所ヲ去リタル不在者ノ生死カ一定ノ期間分明ナラサルトキハ利害關係人ノ請求ニ依リ裁判所ハ失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ヘク失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ハ一定ノ期間滿了ノ時ニ遡リテ死亡シタルモノト看做スヘキコトヲ規定セリ(民三〇條、三一條)而シテ失踪ノ宣告ノ效力ハ法律上人ヲ死亡シタルモノト認定シタルモノニシテ之ニ依リ相續ハ開始セラレ遺言ハ效力ヲ生スル等自然ノ死亡ト同一ノ效果ヲ有ス故ニ生命保險ニ在リテモ被保險者ノ生死不明ト爲リタル場合ニ於テハ失踪ノ宣告ニ因リ期間滿了ノ時ニ於テ死亡ナル事故發生シタルモノト看做シ之ニ依リテ保險契約ノ效果ヲ論スルヲ理

論上正當ナリト信ス

然レトモ内國生命保險會社ハ被保險者ノ失踪ノ場合ニ關スル危險ハ之ヲ測定スルコト能ハス隨テ此危險ヲ負擔スルコト能ハストノ理由ヲ以テ保險約款ニ特ニ失踪ニ關スル規定ヲ設ケルモノ多シ或ハ被保險者カ失踪ノ宣告ヲ受ケタルトキハ保險契約ハ效力ヲ失フモノト爲シ保險契約解除等ノ場合ト同額若クハ其以上ノ返戻金ヲ與フルモノアリ或ハ失踪宣告ヲ以テ契約失效ノ原因トスルヲ原則ト爲シ之ト同時ニ會社カ實際死亡シタルモノト認ムルトキハ保險金額ヲ支拂フヘキ旨ヲ規定スルモノアリ會社ハ失踪ヲ以テ死亡シタルモノト看做シ保險金支拂ノ事由ト爲スヘキコトヲ保險約款ニ明言セルモノナキニ非スト雖モ極メテ例外ニシテ多數ハ契約失效ノ原因ト爲シ契約解除ト同等ニ取扱ヘリ今生命保險會社カ使用セル保險約款ノ規定ヲ一例トシテ舉クレハ左ノ如シ

第何條 左ノ場合ニハ契約ハ效力ヲ失フモノトス

- 一 保險料ヲ拂込マスシテ猶豫期間ヲ經過シタルトキ
- 二 被保險人カ失踪ノ宣告ヲ受ケタルトキ

今此規定ニ付テ考フルニ其效果ニ付キ疑ナキコト能ハス何トナレハ保險約款ニ依レハ被保險者カ失踪ノ宣告ヲ受ケタルトキハ保險契約ハ效力ヲ失フト爲スト雖モ民法ノ規定ニ依レハ失踪ノ宣告アリタルトキハ失踪ノ規定ニ示セル一定ノ期間滿了ノ時ニ既ニ死亡シタルモノト看做スヲ



以テ前ニモ述ヘタルカ如ク失踪ノ宣告ト同時ニ理論上事故發生シタルモノニシテ之ト同時ニ保險契約ハ其效果ヲ發生シ保險者ハ直チニ保險金ヲ支拂ハサルヘカラス保險金受取人ハ保險金額請求ノ債權ヲ取得セルモノナリト謂フヘシ是レ失踪ノ規定ノ當然ノ效果ト謂ハサルヘカラス然ルニ會社カ保險約款ヲ以テ此公益ニ基ク民法上ノ擬制ノ效果ヲ排斥シテ失踪ノ宣告アリタルトキハ保險契約ノ效力ヲ失フト主張シ得ルカ疑ナキヲ得ス事此ノ保險約款ハ理論上少クトモ穩當ナラサル規定ナリト稱スルヲ憚ラス

ハ 犯罪、死刑等ノ場合ニ付テ

被保險者カ決斷其他ノ犯罪又ハ死刑ノ執行ニ因リテ死亡シタル場合及ヒ保險金受取人カ故意ニ被保險者ヲ死ニ致シタル場合ニ於テ保險金額支拂ノ義務ヲ免ルヘキ事由ト爲シタルハ公益ニ基ク當然ノ規定ニシテ特ニ説明スヘキコトナシ(四三一條)

ニ 第四三一條ノ場合ニ於ケル保險者ノ義務ニ付テ

被保險者カ自殺、決斷其他ノ犯罪又ハ死刑ノ執行ニ因リテ死亡シタルトキハ保險者ハ保險金額ヲ支拂フヘキ責任ヲ免ルト雖モ仍ホ保險者ハ被保險者ノ爲メニ積立テタル金額ヲ保險契約者ニ拂戻ササルヘカラス(四三二條二項)茲ニ被保險者ノ爲メニ積立テタル金額トハ所謂生命保險ニ於ケル責任準備金ニシテ保險會社カ毎年其收入シタル保險料ノ一部ヲ積立テ事故發生ノ際ニ於ケル保險金額支拂ノ準備ニ充ツヘキモノニシテ保險業法第五條ニ依リ豫メ主務官廳ノ認可ヲ經

タリ「責任準備金算出ノ基礎」ニ據リ會社カ各保險契約ニ對シテ算出シテ積立テタル金額ナリ而シテ保險業法施行規則第六五條ニ依レハ生命保險會社ノ積立ツヘキ責任準備金ハ保險料積立金及ヒ未經過保險料ノ二ニ分ツコトヲ要ス其詳細ニ至リテハ生命保險ノ數理ニ關スル精密ナル研究ニ俟タサルヘカラス而シテ第四三一條第三項ニ依レハ同條第二項第一號ノ場合ニハ保險者ハ被保險者ノ爲メニ積立テタル金額ノ全部ヲ拂戻スヘキ旨規定セリト雖モ實際ニ於テハ內國生命保險會社ハ此責任準備金全部ヲ返還セス契約解除ノ場合ト同シク其十分ノ七乃至九ヲ返還スヘキ旨保險約款ニ定ムルモノ多シ是レハ此等ノ場合ノ發生ヲ成ルヘク少カラシメントスルト同時ニ會社ノ損失ヲ免レントスルカ爲メニ外ナラス

又保險金額ヲ受取ルヘキ者カ故意ニ被保險者ヲ死ニ致シタルトキハ保險者ハ保險金額支拂ノ義務ヲ免ルト雖モ其保險金受取人カ單ニ保險金額ノ一部ヲ受取ルヘキ場合ナルトキハ保險者ハ其他ノ部分ノ支拂ノ義務ヲ免ルルコト能ハサルハ勿論ナリ(四三二條二項二號但書)

四 通知義務ニ付テ

損害保險ニ在リテハ保險契約者又ハ被保險者カ事故發生ヲ知リタルトキハ遲滞ナク保險者ニ之ヲ通知セサルヘカラス生命保險者ニ在リテハ被保險者カ死亡シタルコトヲ知リタルトキハ保險契約者又ハ保險金受取人ハ遲滞ナク保險者ニ對シテ其通知ヲ發セサルヘカラス(四二一條)

此通知義務ノ懈怠ニ關シテハ特ニ規定ナクンハ一般ノ損害賠償ノ原因ト爲ルニ過キスト雖モ保

險會社ハ其保險約款ニ特ニ之ニ關スル規定ヲ設クルモノアリ例ヘハ或ハ此通知義務ヲ怠リタルトキハ保險契約ノ效力ヲ失ハシメ保險者ハ保險金額支拂ノ責任ヲ免ルヘキモノト爲シ單ニ被保險者ノ爲メニ積立テタル金額ヲ返還スヘキ旨ヲ規定スルモノアリ或ハ此通知ノアリタル時ヨリ一定ノ期間内ニ保險金ヲ支拂フヘキ旨ヲ規定スルモノアリ

五 戰時危險ノ負擔ニ付テ

商法第四三三條ニ依リ損害保險ニ關スル多クノ規定ハ亦生命保險ニモ準用セラレタリ而シテ此等ノ規定ニ關シテ損害保險ヲ説明シタル場合ニ之ヲ論シタルヲ以テ茲ニ之ヲ再ヒセス唯同條第一項ニ於テハ第三九五條ヲ準用シ同條第二項ニ於テハ第三九五條ノ場合ニ於テ保險者カ保險金額ヲ支拂フコトヲ要セザルトキハ被保險者ノ爲メニ積立テタル金額ヲ拂戻スコトヲ要スト爲セリ故ニ生命保險ニ於テモ被保險者ノ生死ニ關スル事故カ戰爭又ハ暴亂ニ因リテ發生シタルトキハ保險者ハ保險金額支拂ノ責任ヲ免ルヘキ旨ヲ規定スルモノアリ對スル責任準備金ヲ返還スレハ足レリト云フコトトナル元來戰爭變亂ノ場合ニ於ケル死亡統計ハ容易ニ精確ナルモノヲ得ルコト能ハス軍機ニ關スルコト多キヲ以テ其精確ナリト公稱セザルモノモ之ヲ實數ニ比シテ著シキ差異アルハ怪シムニ足ラス殊ニ近時武器ノ進歩速ニシテ戰爭ノ慘害大ナルト共ニ衛生ノ設備モ亦速ニ進歩シツツアリ戰爭ノ箇人ニ對スル慘害ハ成ルヘク少カラシメントシツツアルヲ以テ既往ノ大戰ニ關スル精確ナル統計アリトスルモ今日ノ戰爭ニ適用スルヲ得ス故ニ戰時ニ於ケル生命危險率ハ

之ヲ算定スルコト頗ル困難ニシテ保險者ハ十分ニ之ヲ測定シテ安全ニ危險ヲ引受クルコト能ハス故ニ第四三三條ノ規定ハ其當ヲ得タルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ事實上ヨリ之ヲ觀ルトキハ既往數年來保險料ヲ支拂ヒツツアル者カ一朝事變ニ際シ之ニ因リテ事故發生スルトキハ保險金額ヲ得ルコト能ハス僅ニ責任準備金ヲ得ルニ止マルニ於テハ理論上正當ナルニモセヨ被保險者ニ取リテハ斯ル時コソ保險ノ必要ヲ適切ニ感スル時期ニシテ甚タ不幸ナリト謂ハサルヘカラス又保險會社ニ在リテモ斯ル場合ニ於テ理論ヲ固守スルニ於テハ營業上ノ不利不便ヲ招クコト少カラス然レトモ亦保險會社モ營業上之ヲ他ノ戰時危險ナキモノト同時ニ其危險ヲ引受クルコト能ハサルヲ以テ實際ニ於テハ各保險會社ハ保險料ノ割増若クハ保險金額ノ割引ヲ爲スコトヲ約シテ戰時危險ヲ負擔セリ即チ保險料割増ノ方法ニ依ルモノハ戰時危險ニ遭遇スル虞アル者ニ對シテ保險金額ノ百分ノ五ヲ以テ割増保險料ト爲シ其危險ヲ負擔スル間毎年之ヲ拂ハシムルモノアリ或ハ保險金額ノ百分ノ十ヲ割増保險料ト爲シ其危險ノ繼續スル間危險ヲ負擔スルモノアリ又保險金割引ノ方法ニ依ルモノハ事故カ戰時危險ニ基キテ發生シタルトキハ保險金額ノ百分ノ一半乃至ニ割引シテ支拂フコトヲ約シ之ニ對シ保險料ノ割増ヲ求メサルモノアリ此等ノ點ニ付テ述ヘタル所ハ今回ノ征露ノ役ニ於ケル今日マテノ生命保險會社ノ態度ニシテ各會社ノ營業上ノ見込ニ依リ種種ナル差異ヲ免レサルハ勿論ナリ

商法商行為 (第一〇章) 終

法學士村上隆吉講述

商法商行為 (第一〇章)

法政大學發行

商法商行為(第二〇章)目次

保險法

緒言

第一編 總則

第一章 保險ノ起源

第二章 保險ノ概念

第三章 保險ノ要件

第四章 保險契約ノ性質

第五章 保險ノ種類

第六章 保險ニ關スル法令

第七章 保險事業ノ組織

第一節 營利保險ト相互保險

第二節 準備金積立法ニ依ル保險及ヒ損害配當法ニ依ル保險

第二編 損害保險

第一章 損害保險ノ要素



第一節 被保險利益	七二
第二節 危險	九〇
第三節 保險期間	九四
第四節 當事者	九七
第二章 保險契約ノ締結	九八
第三章 保險契約ノ效果	一〇九
第一節 保險契約ニ基ク權利義務	一〇九
第一款 保險契約者ノ權利義務	一一〇
第二款 被保險者ノ權利義務	一二〇
第三款 保險者ノ權利義務	一二五
第二節 損害填補	一三〇
第四章 損害保險各論	一三九
第一節 火災保險	一四〇
第二節 運送保險	一四八
第三節 信用保險	一五〇
第三編 生命保險	一六二
第一章 生命保險ノ意義	一六二
第二章 生命保險契約ノ性質	一六七
第三章 生命保險契約ニ於ケル當事者	一七二
第四章 餘論	一八四

商法商行為(第一〇章)目次 終

第一章 總論	一八四
第二章 生命刑	一八二
第三章 自由刑	一六二
第四章 罰金刑	一六一
第五章 沒收刑	一六一

テ逃走罪ヲ再犯ト爲ストキハ二重ニ處罰スルノ結果ヲ生スルカ爲メナリト爲シ或ハ元來囚人カ逃走ヲ企ツルハ人情ノ自然ニ基クモノナルニ其一旦逃走ヲ企テタルノ故ヲ以テ再犯加重ヲ爲スカ如キハ太タ酷ニ失スルカ爲メナリト爲ス今第一說ニ從フトキハ現在拘禁ノ原因タル犯罪ヲ除ク外ノ前科アルモノカ逃走ヲ爲シタルトキハ其前科ニ對シテ逃走罪ヲ再犯トシテ論スルコトヲ得ヘク後說ニ從フトキハ總テノ前科ハ最初ノ逃走罪ニ對シテ再犯加重ノ原因タルコトナキモノト論決セサルヘカラス現行法ノ解釋トシテハ後說ヲ可トセン新刑法ニ依ルトキハ服役中(既決囚)ノ逃走ハ第五六條ノ條件ヲ具備セサルカ故ニ再犯ヲ以テ論スルヲ得ス未決囚ノ逃走ハ併合罪トシテ處分セラルコトアルヘキナリ

#### 第五

法律ハ第九九條乃至第一〇一條ニ於テ法令ニ因リテ拘禁セラレタル者ヲ奪取スル場合、其逃走ヲ容易ナラシムヘキ行爲ヲ爲シタル場合及ヒ監視者カ之ヲ逃走セシメタル場合ヲ規定ス法律ニ所謂法令ニ因リテ拘禁セラレタル者ノ中ニハ既決未決ノ囚人、拘引狀ノ執行ヲ受ケタル者、懲治囚其他法令ニ因リ公力ヲ以テ自由ヲ拘束セラルル一切ノ人ヲ包含ス之ヲ第九八條ニ記載シタルモノノミニ限ルハ不可ナリ然レトモ法令ニ依ラスシテ拘禁サレタル者ヲ含マス(註) 司法官試補カ地方裁判所檢察ノ代理トシテ發シタル拘留狀ニ因リテ拘禁サレタル者又ハ甲裁判所ノ勾引狀ニ因リ乙裁判所ニ傳遞セラルル者カ逃走スルモ罪ヲ構成ストノ判決例アリ

私人ニ逮捕サレタル現行犯人、執行力ニ依ルコトナク單ニ法令ノ規定上居所ノ制限ヲ受ケタル者（例ヘハ兵卒、娼妓）又ハ俘虜ヲ含マス而シテ被拘禁者トハ現ニ公力看視ノ下ニ在ル者ヲ意味スルカ故ニ既ニ此看視ノ範圍ヲ脱シタル者ニ付テハ第九條乃至第一〇二條ノ罪ヲ犯スヲ得ス（然レトモ公力看視ハ必スシモ公務員ニ於テノミ爲スコトヲ要スルモノニ非ス公務員タル資格ナキ者モ亦公務員ノ指揮命令ノ下ニ於テ公力看視ヲ行フコトヲ得ヘシ）

第六 被拘禁者ヲ奪取スル者ハ第九條ニ依リテ處罰セラル被拘禁者ヲ奪取スト云フハ自ら逃走行爲ヲ爲ササル被拘禁者ヲ公力看視ノ下ヨリ奪出スルヲ謂フ竊ニ看視ヲ侵シタルト看視者ニ對シ暴行脅迫ヲ加ヘ又ハ看視者ヲ欺罔恐喝シ其看視ノ下ヨリ被拘禁者ヲ奪出シタルトハ均シク本條ニ於ケル奪取行爲タリ被拘禁者ヲ奪取ゼラルルコトヲ同意スルト否トハ本罪ノ成立ニ影響ナシ

第一〇〇條ハ被拘禁者ヲ逃走セシムル目的ヲ以テ其逃走ヲ容易ナラシムヘキ行爲ヲ爲シタル者ヲ處罰スルノ規定ナリ本罪ハ犯人カ被拘禁者ヲ逃走セシムル目的ヲ以テ其逃走ヲ容易ナラシムヘキ行爲ヲ爲スト共ニ既遂トナルモノニシテ此行爲ニ因リ被拘禁者カ逃走ニ着手シ又ハ逃走ヲ遂ケタルコトヲ必要トセス又被拘禁者ノ逃走カ第九條又ハ第九八條ノ逃走罪ヲ構成スルト否トヲ問ハサルカ故ニ從犯ノ觀念ト關係ナキ獨立罪ナリ然レトモ被拘禁者ノ逃走ヲ致シタル場合ニ於テモ本條ニ依リテ處罰スヘキハ勿論ナリ法律ニ所謂逃走ヲ容易ナラシムヘキ

行爲トハ逃走ノ方法ヲ指示スルカ如キ械具ヲ解除スルカ如キ其他言語ヲ以テスルト動作ヲ以テスルトヲ問ハス苟モ逃走ヲ容易ナラシムルニ適當ナル一切ノ行爲ヲ包含ス器具ノ給與ハ其一例タルニ過キサレコト明白ナリ本條第二項ノ暴行脅迫ハ看視者ニ對シテ行ハレタルコトヲ要スルモ被拘禁者カ既ニ逃走ヲ企テタル後ニハ之ヲ妨ケントスル一私人ニ對シテ暴行又ハ脅迫ヲ行ヒ以テ逃走ヲ容易ナラシメントスルモ本罪ヲ構成ス而シテ暴行脅迫モ亦逃走ヲ容易ナラシムヘキ行爲ノ一種ニ過キスト雖モ法律ハ特ニ其刑ヲ重クスル必要アリタルカ爲メ之ヲ特示シタルニ過キス

法律ハ第一〇一條ニ於テ看視者（即チ看守者又ハ護送者）カ被拘禁者ヲ逃走セシメタル場合ヲ規定ス看視者ハ必スシモ公務員タル資格ヲ有スルコトヲ要セス逃走セシメタルトハ解放其他積極的行爲ニ依リテ逃走ヲ促シ又ハ之ヲ助ケタル場合ハ勿論逃走ヲ覺知シテ防止スルコトヲ得ルニ拘ハラス之ヲ防止セスシテ放任シタル場合ヲモ包含ス故ニ防止ノ手段ヲ盡シタルモ防止スルコト能ハサリシトキハ本條ノ罪ヲ構成セス過失ニ因リ逃走ヲ覺ラサル場合亦同シ（現行刑法ニハ特別ノ罰條アリト雖モ新刑法ハ之ヲ襲用セス）而シテ本條ノ行爲モ違法ナル場合ニ限テ處罰セラルヘキハ勿論ナルカ故ニ法令ニ依リ其職權職務ヲシテ被拘禁者ヲ解放スルカ如キハ本罪ヲ構成セサルコト亦明瞭ナリ

第七 逃走ノ罪ニ付テハ何レノ場合ニ於テモ故意ノ存在ヲ必要トス而シテ行爲ニ關シテハ擅ニ

看視ヲ脱シ又ハ脱セシムルノ意思アルヲ要ス適法ナル解放許可アリタルコトヲ誤信シタルトキハ故意ヲ阻却ス

第八 刑ハ各所爲ノ態様ニ因リテ同シカラス第九七條乃至第一〇一條ヲ參照スヘシ第一〇〇條ノ罪ハ第九七條又ハ第九八條ノ罪ノ從犯ニ非スシテ獨立罪ナルカ故ニ從犯ノ規定ニ依リテ處斷スルコト能ハサルヲ以テ獨立ノ刑ヲ定メタルモノナリ第一〇一條ノ場合ヲ最モ重ク處分シタルハ看視ノ職責ヲ重スルニ因ル

未遂罪ハ何レノ場合ニモ處罰ス(一〇二條)ト雖モ豫備ハ之ヲ罰セス第一〇〇條ノ未遂ハ器具ノ給與、暴行脅迫其他逃走ヲ容易ナラシムヘキ行爲ヲ爲サントシテ遂ケサルニ因テ成立スル者ニシテ被拘禁者カ之ニ因テ逃走ヲ遂ケタルト否トハ此關係ニ於テモ何等ノ影響ナシ第一〇一條ノ罪ハ被拘禁者カ逃走ヲ遂ケタルト共ニ既遂ト爲ルモノニシテ被拘禁者カ逃走ニ著手シタルモ未タ全然看視者ノ監督範圍ヲ離脱セサル前ニ於テ被拘禁者自ラ逃走ヲ中止シ又ハ第三者之ヲ防止スルカ或ハ監視者自ラ其意思ヲ騙シテ逃走ヲ防止シタルトキハ未遂又ハ中止タリ問題——護送者被拘禁者ノ請ヲ容レ護送先ノ拘禁場ヘ必ス出頭スヘキ條件ヲ以テ擅ニ被拘禁者ヲ途中ニテ解放シタリ而シテ被拘禁者ハ約ノ如ク護送先ノ拘禁場ニ出頭シテ拘禁セラレタリ護送者ヲ第一〇一條ニ依リ處罰スルコトヲ得ルヤ

第九 帝國外ニ於テ逃走ノ罪ヲ犯シタル者ニハ其外國人タルト日本臣民タルトヲ問ハス新刑法

ヲ適用セサルヲ原則トスルモ帝國外ニ於テ第一〇一條ノ罪及ヒ其未遂罪ヲ犯シタル公務員ニハ之ヲ適用ス(四條一號參照)

## 第七章 犯人藏匿及ヒ證憑湮滅ノ罪

第一 犯人藏匿ノ罪ハ犯人又ハ逃走者ヲ庇護シテ國權ノ作用ヲ侵害スルモノナリ、庇護ハ或ハ犯人ヲシテ處刑ヲ免レシムル手段ヲ講シ或ハ犯人カ犯罪ニ依リテ得タル利益ヲ安固ナラシメ以テ犯人ヲ利スル行爲ニシテ學說上前者ヲ人的庇護ト稱シ後者ヲ物的庇護ト稱ス而シテ庇護ノ性質ニ關シテハ種種ノ見解アリ一說ニ依レハ犯人庇護ハ事後從犯ニシテ即チ共犯ノ一種ナリトシ他ノ一說ニ依レハ共犯ニ非スシテ獨立ノ犯罪ナリト解ス而シテ此第二說ヲ主張スル學者中或ハ人的庇護ハ國權ノ作用ヲ侵害スル犯罪ナルモ物的庇護ハ物ノ所有者ヲシテ更ニ其回復ヲ困難ナラシムルニ因リテ第二次ニ所有者ノ權利ヲ侵害スル行爲ナリトナス者アリ或ハ又何レモ共ニ國權ノ作用ヲ侵害スル罪ナリトナス者アリ從テ立法例モ亦一致セス例ヘハ英米法ニ於テハ之ヲ從犯ノ一種ナリトシ獨逸刑法ニ於テハ人的庇護ト物的庇護トヲ合セテ同一章ノ下ニ規定シ何レモ同一ノ性質ヲ有スルモノト解釋シ得ヘキ地位ヲ與ヘ我現行刑法及ヒ新刑法ハ人的庇護ト物的庇護トヲ以テ何レモ獨立罪トシ前者ヲ國權ノ作用ニ對スル罪ト認メ後者ヲ財產ニ對スル罪ノ一種ト爲シタリ新刑法カ庇護サルヘキ罪ノ輕重如何ト關係ナク庇護罪ノ刑



ヲ定メタルモ之ヲ獨立罪トシタル當然ノ結果ナリ

新刑法ハ證憑湮滅罪ヲ犯人藏匿罪ト同章中ニ規定シ又犯人藏匿ト題スルモ拘禁中逃走シタル者ヲ藏匿シ又ハ隠避セシメタル行爲ヲモ同様ニ處罰ス蓋シ國權ノ作用ニ對スル侵害ノ結果ヨリ觀察シテ其態樣何レモ類似ノ性質ヲ有スルニ因レリ

## 第二

犯人藏匿ノ罪ハ犯人又ハ拘禁中逃走シタル者ヲ藏匿シ又ハ隠避セシムルニ因テ成立ス

一 藏匿トハ隠避所即チ發見逮捕ヲ避クル場所ヲ供給スルコトヲ謂ヒ隠避セシムルトキハ藏匿以外ノ方法ヲ以テ發見逮捕ヲ免レシムルコトヲ謂フ例ヘハ潛伏ノ場所又ハ方法ヲ指示誘導シ旅費ヲ供シ、發見ヲ妨クヘキ衣服ヲ給シ或ハ現行犯人ヲ逮捕シタル一私人ニ對シ暴行脅迫ヲ加ヘ若クハ之ヲ欺罔シテ犯人ヲ逃走セシメ或ハ自ラ犯人又ハ逃走者ノ氏名ヲ詐稱シテ拘禁セラレ以テ犯人又ハ逃走者ノ隠避スルコトヲ助クルカ如キ何レモ隠避セシムル行爲タリ其他犯人又ハ逃走者ヲ逮捕スヘキ義務ヲ有スル者カ故意ニ逮捕ヲ爲サスシテ隠避ヲ放任スルカ如キ場合モ亦同シ要スルニ法律ハ手段ヲ限定セザルカ故ニ犯人又ハ逃走者ノ隠避行爲(發見逮捕ヲ免ルル行爲)ヲ助クル積極、消極ノ一切ノ手段ヲ包含スルモノトス本罪ノ成立上積極的行爲ヲ要ストノ判決例アリト雖モ予ハ之ヲ探ラス然レトモ犯人又ハ逃走者ヲ逮捕シ又ハ其所在ヲ申告スル義務ナキ者カ逮捕又ハ申告ヲ怠ルカ如キハ本罪ヲ構成セザルコト素ヨリ明カナリ又犯人ヲ隠避セシムル行爲ハ犯人ノ處罰ヲ免レシムル結果ヲ生スル

場合アリト雖モ犯人ノ處罰ヲ免レシムル行爲ハ悉ク犯人ヲ隠避セシムル罪ヲ構成スヘキモノニ非ス例ヘハ證憑湮滅又ハ偽證ニ因リ犯人ヲシテ處罰ヲ免レシムルハ第一〇四條又ハ第一六九條ノ罪ヲ構成スルモ犯人ヲ隠避セシメタル罪ニ非ス其他罰金刑ヲ言渡サレタル者ニ代リテ罰金ヲ納付シ又ハ之ニ相當スル金額ヲ犯人ニ贈與シタル場合ニ付テハ犯人ノ處刑ヲ免レシムル行爲ヲ罰スル刑法(例ヘハ獨刑法)ノ解釋トシテハ學者間ニ議論アリト雖モ之ヲ以テ犯人ヲ隠避セシメタル行爲ナリト認ムルコト能ハサルハ明白ナリ

犯人又ハ逃走者ヲ藏匿シ又ハ隠避セシムル行爲ハ逮捕ヲ命ジ又ハ逮捕ヲ爲スノ權限アル公務員ニ對シテ行ハルルコトヲ要ス一私人ニ對スル場合ハ本罪ヲ構成セス

## 二

庇護セラルヘキ者ハ罰金以上ノ刑ニ當ル罪ヲ犯シタル者又ハ拘禁中逃走シタル者ナルコトヲ要ス罰金以下ノ刑ニ該ルヘキ罪ヲ犯シタル者ヲ庇護スルカ如キ事態輕微ナルモノハ法律之ヲ處罰セス罪ヲ犯シタル者ハ事實上犯罪ヲ犯シタル者ノミニ限ルヤ將タ犯罪ノ嫌疑ヲ受ケタル者ヲモ包含スルヤ起草者ノ見解ニ依レハ後段ノ如ク解スヘキモノト爲ス然レトモ法律ハ罪ヲ犯シタル者ト規定シタルヲ以テ其者カ罪ヲ犯シタルト云フ事實ノ認定セラルコトカ處罰ノ條件タルヘシ故ニ犯罪嫌疑ニ因ル拘禁中逃走シタル者ヲ藏匿シタル者トシテ處罰セラルヘキコト勿論ニシテ後日其者カ無罪ノ判決ヲ受ケタル場合ニ於テモ庇護罪ノ構成ヲ妨クヘキ

モノニ非スト雖モ未タ拘禁セラレサル犯罪嫌疑者ヲ藏匿シタルニ其嫌疑者カ罪ヲ犯シタル事實ナシト決セラレタルトキハ不能犯ニシテ罪ヲ構成セサルモノト解スヘキナリ然レトモ庇護サルヘキ者ノ犯シタル罪カ既遂タルト未遂タルト又其犯罪ニ付テ告訴又ハ起訴ノアリタルト否トハ問フヘキ所ニ非ス親告罪ノ告訴ナキ前ニ其犯人ヲ藏匿シ又ハ隠避セシムルトキハ本罪ヲ構成スルヤ否ヤニ付テハ學者間ニ議論アリ一説ニ依レハ本犯タル親告罪ニ付テ告訴アリタル後ニ非サレハ本罪ヲ構成セストシ他ノ一説ニ依レハ告訴ノ有無ハ犯罪ニ關係ナキヲ以テ本罪ヲ構成スルヲ妨ケスト予ハ後説ヲ採用セントス然レトモ告訴ノ拋棄アリタルトキハ其事件ノ犯人ニ付テ本罪ヲ構成スルコトナシ法律ニ拘禁中逃走シタル者トハ法令ニ因リ公力ヲ以テ拘禁セラレツツアル者ニシテ逃走シタル總テノ人ヲ包含スルモノニシテ逃走ノ囚人ノミヲ指スノ趣意ニ非ス

本罪モ亦一般ノ原則ニ從ヒ故意ノ存スルコトヲ以テ其成立條件トス而シテ本罪ノ故意ハ庇護セラルヘキ者カ犯罪者又ハ逃走者ナルコトヲ知ルコト及ヒ自己ノ行為ニ因リテ犯人又ハ逃走者ノ發見ヲ免レシムルノ認識アルコトヲ要ス其認識ノ一ヲ缺クトキハ犯人又ハ逃走者ニ居所ヲ貸與シ旅費ヲ供給シテ退去セシムルカ如キ行為アルモ本罪ヲ構成セス然レトモ此以外ニ特別ノ目的ヲ必要トセサルカ故ニ庇護者カ自己ノ利益ヲ計リタルト否トハ本罪ノ成立ニ影響ナシ

### 三

第三 證憑湮滅ノ罪ハ他人ノ刑事被告事件ニ關スル證憑ヲ湮滅シ又ハ偽造變造シ若クハ偽造變造ノ證憑ヲ使用スルニ因リテ成立ス(一〇四條)

一 自己ノ被告事件ニ關シテ證憑ヲ湮滅スルカ如キハ人情免ルヘカラサル所ニシテ之ヲ處罰スルカ如キハ苛酷ニ失スルカ故ニ法律ハ之ヲ罰セス他人ト云フハ自己以外ノ人ヲ指示ス其犯人相互間ニ在リテモ一方ヨリ觀レハ他ノ一方ハ他人タルコト疑ナシ而シテ他人ノ被告事件ハ刑事事件ナルコトヲ要スルカ故ニ刑事被告事件ニ關セサル證憑ニ付テハ本罪ヲ構成セス刑事被告事件トハ科刑原因ノ有無ニ付テ審理セラルヘキ事件ヲ謂フ從テ民事被告事件、懲戒事件又ハ非訟事件ニ關スル證憑ヲ湮滅シタル者ハ第一〇四條ニ依リテ罰スルヲ得然レトモ刑事被告事件ナルトキハ其輕重ハ問フ所ニアラス又其事件カ結局有罪ト認メラレタルヤ將タ無罪トナリタルヤモ關係ナシ又被告事件ニハ現ニ裁判所ニ繫屬中ノ事件ハ勿論將來ニ於テ繫屬スヘキ事件ヲモ包含ス然レトモ將來ニ係ル場合ハ將來其事件カ裁判所ニ繫屬スルコトカ處罰條件ナリ

二 證憑トハ有罪無罪又ハ刑ノ加重減輕ノ情狀ノ有無ヲ認定スルニ資スヘキ物の材料ヲ謂フモノニシテ例ヘハ犯所ニ於ケル血痕足跡又ハ犯罪ノ用ニ供シタル物件等ノ如キ是ナリ又書モ亦證憑タルコトヲ得ヘシ然レトモ證人ヲ隱匿スルノ證憑湮滅ニ非ス證言ノ拒絕亦同シ而シテ偽證ハ證憑偽造ニアラサルナリ之ニ反シ證言ヲ記載シタル記錄ハ證憑ノ一タリ

三 本罪ニ於ケル所爲ハ證憑ヲ湮滅シ又ハ偽造變造シ若クハ偽造變造ノ證憑ヲ使用スルコトニ在リ證憑ノ湮滅トハ證憑ヲ隱蔽スルカ如キ又ハ變造シテ其效用ヲ失ハシムル凡テノ方法ヲ包含ス故ニ例ヘハ血痕ノ附著シタル衣類其モノヲ湮滅セサルモ其證憑タル血痕ヲ洗滌スルカ如キ場合モ本罪ヲ構成ス證憑偽造トハ何人ノ名義ヲ用キルヲ問ハス虛偽ヲ作出スルヲ謂ヒ證憑變造トハ證憑ノ原狀ヲ變更スルヲ謂フ偽造證憑ノ使用トハ刑事裁判所、檢事又ハ司法警察官ニ對シ偽造ノ證憑ヲ真正ノ證憑トシテ提供シ又ハ呈示スルノ義ナリ

四 本罪ニ於ケル故意ハ他人ノ被告事件ニ關スル證憑タルコトノ認識及ヒ之ヲ湮滅シ又ハ偽造若クハ變造スルノ意思又ハ偽造若クハ變造ノ證憑ヲ使用スルノ意思ヨリ成ル緣因ハ犯罪成立ニ關係ナシ現行法ハ證憑湮滅カ他人ノ罪ヲ免レシムルニ出テタルコトヲ以テ要件ト爲シタルモ新刑法ハ此ノ如キ目的ヲ必要トセス故ニ例ヘハ被告人ノ警衛又ハ犯罪搜查官吏カ被告人ノ不利益ノ爲メ無罪ノ證憑ヲ湮滅シ有罪ノ證憑ヲ偽造スルカ如キ場合モ亦本罪ヲ構成ス若シ證憑ヲ湮滅スル意思ヲ以テ贓物ヲ寄藏シ又ハ證憑ヲ損壞シタル如キ場合ハ本罪ト贓物ニ關スル罪又ハ毀棄罪トノ想像上二罪ヲ構成スルコトアルヘシ

第四 犯人藏匿及ヒ證憑湮滅ノ罪ハ何レモ二年以下ノ懲役又ハ二百圓以下ノ罰金ニ該ル法律カ懲役刑ヲ科スルハ本罪ノ犯人カ往々盜賊ヲ使役シ不法ノ利益ヲ圖ルコトアルヲ以テ現行刑法ノ如ク無定役刑(輕禁錮)ヲ科スルノ不充分ナルコトヲ認メタルニ因ル然レトモ罪ニ知己又

ハ老幼ヲ庇護スルカ爲メニ犯シタル者ノ如キハ其情狀極メテ輕キヲ以テ是等ノ犯人ニハ罰金ヲ科スルノ餘地ヲ存スル必要アリ是レ二箇ノ選擇刑ヲ定ムル所以ナリ  
本章ノ罪ニ付テハ未遂ヲ罰スルノ規定ナシ又外國ニ於テ本章ノ罪ヲ犯シタル者ニ對シテハ新刑法ノ適用ナシ

第五 法律ノ規定ニ依レハ犯人藏匿罪及ヒ證憑湮滅罪ハ犯人又ハ逃走者ノ親族カ犯人又ハ逃走者ノ利益ノ爲メニ犯シタルトキハ之ヲ罰セサルモノトス此場合ニ於テハ單純ニ刑ノ免除ニ非スシテ犯罪ノ不成立ナリ蓋シ親族互ニ相扶ケ相憐ムハ人情ノ自然ニ基クモノニシテ此ノ如キ場合ヲモ處罰スルハ酷ニ失スルノ嫌アルヲ以テ法律ハ之ヲ寬假シタルモノナリ然レトモ縱令親族ニセヨ犯人又ハ逃走者ノ不利益ノ爲メ證憑ヲ湮滅シタル場合ノ如キハ第一〇條ノ犯罪ヲ構成スヘシ法律ニ所謂親族トハ他ノ場合ニ於ケルト同シク民法ニ於テ親族關係ヲ認メタルモノニ限ル日本固有ノ道德觀念ヨリ觀ルトキハ主從師弟ノ關係アルカ如キ緣故者ハ或場合ニ於テハ親族ニモ優ル秘密ナル關係アリト雖モ親族ニアラサルカ故ニ類似解釋ニ由リ第一〇五條ニ於ケル親族中ニ包含セシムルヲ得ス

第六 犯人自ラ人ヲ教唆シテ自己ヲ藏匿セシメ又ハ自己ノ犯罪ノ證憑ヲ湮滅セシメタルトキハ犯人藏匿又ハ罪證湮滅罪ノ教唆犯ヲ構成スルヤ(明治三十五年八月二十九日大審院判決同年判決錄七卷八三頁參照積極說之ニ反シ多數ハ消極說)

## 第八章 偽證ノ罪

第一 法律ニ所謂偽證ノ罪ハ法律ニ依リ宣誓シタル證人ノ虛偽ノ陳述ヲ爲シタル場合及ヒ法律ニ依リ宣誓シタル鑑定人又ハ通事カ虛偽ノ鑑定又ハ通譯ヲ爲シタル場合ヲ包含ス蓋シ法律ニ依リテ宣誓シタル證人、鑑定人又ハ通事ノ陳述、鑑定若クハ通譯ハ斷斷ノ基礎トナルヘキモノニシテ其真正ヲ維持スルニ非サレハ裁斷ノ正確ヲ期スルコト能ハサルカ故ニ法律ハ其虛偽ニ出テタル場合ヲ處罰シテ誤斷ノ原因タリ得ヘキ是等ノ行爲ヲ防遏スルモノトス

第二 偽證ノ罪ハ法律ニ依リテ宣誓ヲ爲シタル者ニ限テ之ヲ犯スコトヲ得ルモノトス蓋シ宣誓ハ其陳述、鑑定若クハ通譯カ真正ナルコトヲ確保スルモノニシテ當該官廳ハ此宣誓ニ因リ其陳述、鑑定若クハ通譯ニ信用ヲ置キ之ヲ基礎トシテ裁斷ヲ爲スコトアルヘキカ故ニ新刑法ハ宣誓ヲ以テ虛偽ノ證言、鑑定又ハ通譯ヲ處罰スルノ要件ト爲シタルナリ或立法例ニ於テハ宣誓ヲ爲サシメサル場合ニ於テモ亦偽證ヲ罰スルモノアリ（例ヘハ埃國刑法）又我現行刑法ハ特ニ宣誓ヲ以テ構成要件トナスコトヲ明示セス然レトモ現行刑法ノ解釋トシテハ證人、鑑定人又ハ通事ニ付テハ民事訴訟法、刑事訴訟法其他ノ法令ニ於テ宣誓ヲ爲サシムルヲ以テ必要トスルカ故ニ刑法中ニ明文ナキモ其所謂證人、鑑定人通事ハ宣誓ヲ爲シタル者ニ限ルトノ論結ヲ採用スルコト通例タリ而シテ宣誓カ本罪成立ノ要件ナリトセハ例ヘハ強制執行ノ場合ニ

於テ鑑定人ヲシテ號賣物件ヲ評價セシムルトキノ如ク宣誓ヲ爲サシメサル場合ニ在リテハ偽證ノ罪ヲ構成セサルモノト解セサルヘカラス

宣誓ハ法律ニ依リ特定ノ事件ニ付テ證人、鑑定人又ハ通事トシテ其陳述等ヲ確保スルカ爲メニ之ヲ爲シタル場合ニ限テ偽證ノ罪ノ基礎トナスコトヲ得ルモノトス故ニ例ヘハ軍人軍屬ト爲ルニ當リ誠實ヲ守ルヘキコトヲ宣誓シタル者カ特別ノ宣誓ナク偽證ヲ爲スモ本罪ヲ構成セス又特別ノ宣誓ヲ命スルノ權限ナキ者カ爲サシメタル宣誓ハ本罪ノ基礎トナラサルカ故ニ例ヘハ現行法ノ下ニ於テ檢事又ハ司法警察官ニ對シ宣誓ノ後虛偽ノ陳述、鑑定又ハ通譯ヲ爲スコトアルモ偽證ノ罪ヲ構成セス然レトモ法律ニ依リ宣誓ヲ命スルコトヲ得ル者ハ其場所ノ裁判所タルト否トヲ問フコトナク宣誓ヲ爲サシムルコトヲ得ヘク又其命令者ハ通常裁判所タルト特別裁判所タルト行政裁判所タルト其他行政官廳タルト區別スヘキニ非ス例ヘハ特許局カ特許ノ審判ニ關シテ民事訴訟法ノ規定ニ準シ宣誓ヲ爲サシメ證言、鑑定又ハ通譯ヲ爲サシムル場合ニ於テモ偽證罪ハ成立スルコトヲ得ルモノトス

法律ハ或者ニ對シテハ宣誓ヲ許ササル場合アリ（刑訴一二三條一二四條一三六條一〇一條民訴三一〇條三二二條參照）然ルニ其者カ資格ヲ許リテ宣誓ヲ爲シタルトキハ法律ニ依リテ宣誓シタルモノト認ムルヲ得ルカ此問題ニ關シテハ宣誓無能力者ト宣誓無資力者トヲ區別スルヲ便宜トス宣誓無能力者トハ宣誓ノ何物タルヲ了解スルニ必要ナル精神上ノ發達ノ缺クル



者(多クハ責任無能力者)ヲ謂ヒ宣誓無資格者トハ智能ノ發達十分ナルモ履歷上一般的ニ又ハ特定ノ事件ノ關係上之ニ對シ眞實公正ノ陳述ヲ期待スルコトヲ得ストノ推定ニ因リ法律カ宣誓ヲ命セサル者(刑訴一二四條四號乃至六號一二三條)ヲ謂フ而シテ第一說ニ依レハ無能力者、無資格者共ニ法律カ宣誓ノ資格ヲ認メサルヲ以テ詐リテ宣誓ヲ爲スモ常ニ其宣誓ハ不法ナルカ故ニ偽證ノ罪ノ基礎タルヲ得ストナシ(獨逸ノ學者中少數ノ者此見解ヲ採ル尙ホ明治三十一年大審院判決錄七卷二五頁所載判決及ヒ新刑法起草者此見解ヲ維持ス最後ノ部分ニ付テハ刑法改正案審議集一九七頁ヲ參照スヘシ)第二說ニ依レハ前者ハ畢竟特別ノ(偽證ノ罪ニ付テノ)責任無能力ナルカ故ニ詐リテ宣誓ヲ爲スモ宣誓タル效力ヲ有セスト雖モ後者ニ付テハ裁判所其他宣誓ヲ爲サシムル權限アル者ハ其無資格ヲ知リツツ宣誓ヲ命スルコトヲ得スト云フ法意ニシテ本人カ進ンテ其無資格ヲ隱蔽シテ爲シタル宣誓ヲ無効ナリトスル趣旨ニアラサルカ故ニ宣誓無資格者ト雖モ尙ホ本罪ノ主體タルコトヲ得ルモノトシ第三說ニ依レハ通說ニ於テ宣誓無能力者ト認メラルル滿十六歲未滿者ハ各場合ニ付キ是非ノ辨別力ノ有無ニ依リテ或ハ宣誓無能力者タル宣誓無資格者ナルヤ或ハ宣誓無能力ナルヤヲ定メ前段ノ場合ニ該ル者カ詐リテ宣誓ヲ爲シタル上偽證ヲ爲シタルトキハ本罪ヲ構成スヘキモノナリト解ス第二說ヲ以テ通說トス近來判決例ハ寧ロ第三說ニ傾ケリ

現行法ニ於テハ宣誓ノ形式一定セスト雖モ證人ハ良心ニ從ヒ眞實ヲ述ヘ何事ヲモ默秘セス又何事ヲモ附加セサル旨(刑訴一二二條民訴三〇七條)鑑定人ハ公平且眞實ニ鑑定スヘキ旨(刑訴一三七條民訴三二九條)通事ハ眞實ニ通譯スヘキ旨(刑訴一〇一條)ヲ誓フヲ以テ例トス尙ホ陸軍治罪法第六三條、海軍治罪法第六八條、會計検査官懲戒法第三〇條及ヒ特許法第三一條ヲ參照スヘシ宣誓ハ當該官廳ニ對シテ之ヲ爲スモノニシテ神佛ニ對シテ之ヲ爲スモノニ非ス

第三 法律ニ依リ宣誓シタル證人虛偽ノ陳述ヲ爲シタル場合ハ第一六九條ノ規定スル所ナリ故ニ本條ノ罪ハ證人カ法律ニ依リ宣誓シタルコトヲ要シ其證人カ虛偽ノ陳述ヲ爲シタルコトヲ要ス法律ノ文面ニ依ルトキハ宣誓シタル後ニ虛偽ノ陳述ヲ爲スコトヲ要シ虛偽ノ陳述ヲ爲シタル後ニ宣誓ヲ爲シタル時(民訴三〇七條二項)ハ本罪ヲ構成セサルノ觀アリト雖モ何レモ等シク犯罪ノ成立ニ影響ナキモノト解スルヲ至當トス

虛偽ノ陳述トハ係爭事實(各場合ニ依リテ異ナル)ニ關シテ自己ノ實驗ニ反スル陳述ヲ爲スコトヲ謂フ良心(實驗其儘ノ知識)ニ從ヒ何事ヲモ默秘セス又附加セサルトキハ眞實ナル陳述ニシテ良心ニ反シ係爭事實ニ關聯スル事實ヲ默秘シ又ハ附加スルトキハ即チ虛偽ノ陳述ヲ要スルニ陳述ノ眞偽ハ良心ニ符合セリヤ否ヤニ因テ定マル故ニ例ヘハ聞知ノ事實ヲ目撃シタル事實ナルカ如ク陳述スルトキハ他ノ點ニ於テハ事實ニ符合スルモ虛偽ノ陳述タルヘタ又知リ居ル事實ヲ知ラスト陳述スル場合ニモ尙ホ虛偽ノ陳述タルヘシ(一)然レトモ事實全部

ノ默秘ハ虚偽ノ陳述ニ非ス又訊問ノ事項ニ影響ナキモノハ饒舌餘事ニ亘ルモ虚偽ノ陳述ト爲  
ラス而シテ係争事實ニ關スル虚偽ノ陳述ハ皆本罪ヲ構成シ得ルモノニシテ必スシモ證人召喚  
ノ主因ト爲リタル豫定ノ訊問事項ニ關スルコトヲ要セス(二)陳述ノ眞偽ハ一言一句ニ付テ  
之ヲ決定スヘキモノニ非ス陳述ヲ始メタル時ヨリ訊問ノ終結ニ至ルマテ總括的ニ之ヲ觀察セ  
サルヘカラス(三)一旦虚偽ノ陳述ヲ爲シタル後ト雖モ訊問終結前ニ於テ之ヲ眞實ニ變更シ  
タルトキハ本罪ヲ構成セス(刑訴一三一條二項)然レトモ一旦訊問終結シタル以上ハ偶ハ其  
後再ヒ證人トシテ召喚セラルルニ際リ前回ノ陳述ヲ取消スモ犯罪ノ成立ヲ妨ケス(四)第一  
七〇條ニ依リ刑ヲ減輕又ハ免除セラルルコトアルニ過キサルナリ

註 (一) 同趣旨判決明治二十九年大審院判決錄第一卷三四頁、同三十五年第八卷二七頁  
同三十一年同上第十一卷三頁

(二) 同趣旨判決明治三十六年同上判決錄一八九七頁及同三十八年同上二〇二二頁

(三) 同趣旨判決明治三十七年同上三四一頁

(四) 同趣旨判決明治三十五年同上第九卷七五頁

第四 法律ニ依リ宣誓シタル鑑定人又ハ通事カ虚偽ノ鑑定又ハ通譯ヲ爲シタル場合ハ第一七  
一條ニ規定セリ

鑑定ハ當該官廳ヨリ指定サレタル事項ニ關シ自己ノ學問上、經驗上ノ智識ヲ以テ公平且正實

リト判決シタルニ第二審ニテハ之ヲ竊盜罪ナリトセルカ如キ場合ニ在リテハ監視ヲ言渡スコト  
ヲ得サルヘシ

### 第三章 上告

#### 第一節 上告ノ理由

上告ハ第二審ノ終局判決及ヒ第一八七條ノ判決ニ對シテ法律ニ違背スルコトヲ理由トシテ其破  
毀更正ヲ求ムル攻撃方法ナリ(二六七條)

上告ハ法律ニ違背シタル裁判ナルコトヲ理由トスルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得(二六八條一  
項)即チ上告ハ判決カ法律ノ違背ニ基クコトヲ理由ト爲ササルヘカラス故ニ上告裁判所ハ第二  
審裁判所ノ判決カ事實ヲ正當ニ認定シタルヤ否ヤヲ審査スルノ權限ナク前審ニ於ケル證據ノ採  
否ハ事實ニ適セルヤ否ヤハ上告裁判所ノ判斷ヲ受クルモノニアラス然レトモ前審ノ證據取捨ニ  
於テ證據ニ關スル規則ニ違フコトナキヤ否ヤ又適法ノ證據關アリシヤ否ヤハ上告裁判所ノ審査  
ヲ受クヘキモノナリ蓋シ下級裁判所ハ自ラ事實ヲ確定シテ之ニ法律ヲ適用スレトモ上告裁判所  
ハ下級裁判所カ總テノ點ニ付テ法律ノ適用ニ付テ錯誤ヲ來シタルコトナキヤ否ヤヲ裁判スレハ  
ナリ故ニ刑ノ適用ニ付テハ第二審ニ於テ罪ト刑トノ權衡ヲ失セルヤ否ヤハ之ヲ審査スルコトナ  
シト雖モ其刑ハ法律ノ認メタルモノナリヤ否ヤニ付テハ上告裁判所ノ審査ス

上告裁判所ハ法律ノ適用ニ付テ審査スルモノニシテ事實ニ付テハ審査セストハ實體法ニ付テノミ云フニアラス訴訟法ノ原則ニ付テモ亦然リ然レトモ上告裁判所ハ訴訟上ノ事實ヲ自ラ判斷セサルヘカラサルコトアリ即チ上告裁判所カ審査スヘキ事實ハ例ヘハ現行犯ナリヤ否ヤ又親告罪ニ付テハ適法ノ告訴アリシヤ否ヤノ如キ類ナリ又實體法上ノ違背ヲ主張サレタル場合ニ於テモ上告裁判所ハ訴訟上ノ事實ノ審査ヲ爲スコトアリ例ヘハ前審ニ於テ不法ニ時効ノ中斷アリト認メタルコトヲ主張スルトキハ中斷ノ原因タル起訴豫審又ハ公判アリシヤ否ヤヲ審査セサルヘカラス而シテ此等ノ事實ヲ審査スル材料ハ前審ニ於ケルト異ナルコトナシ訴訟上ノ事實ニ付テハ前審ニ於テハ反對ニ其事實ヲ認ムルモ上告裁判所ハ自己ノ認ムル所ニ依リテ裁判スルコトヲ得ルモノトス之ニ反シテ前審ニ於テ證據調ノ結果ニ基キテ認メタル事實ハ上告裁判所之ヲ審査スルコトヲ得ス例ヘハ證人カ第二審ニ於テ宣誓ノ上訊問ヲ爲シ判決ニ其證言ヲ證據トナシタル場合ニ於テ其證人カ精神病ニ罹リ居ル者ナレハ宣誓セシメシハ不法ナリト主張セシトキハ上告裁判所ハ證人カ精神病ナリヤ否ヤヲ審査スルコトヲ得ス即チ第二審ニ於テ精神病者タルコトヲ認メサルコトハ上告裁判所ヲ羈束スルモノトス又本案事件ニ關スル證據方法ノ内容ノ解釋ニ付テモ上告裁判所之ヲ審査スルコトヲ得ス要スルニ訴訟上ノ事實ニ付テハ上告裁判所ハ概シテ之ヲ審査スルコトヲ得レトモ第二審ニ於テ證據調ヲ爲シテ認メタル訴訟上ノ事實ニ付テハ之ニ從ハサルヘカラサルモノナリ

左ニ法律ニ違背シタル裁判ナル條件ヲ分析シテ説明スヘシ

一 法律ニ違背スルトハ刑事訴訟法第二六八條第二項ニ於テ其範圍ヲ定メタリ同條ニ依レハ法律ハ即チ法則ノ義ニシテ通常所謂法律ニ比シテ其意義廣汎ナリ即チ法律ニ明示シタル事項ノミニ止マラス其規定ノ全體ニ亘ル原則マテモ包含スルモノトス又形式上法律ナルト勅令ナルト又其他ノ名稱ヲ有スルモノナルトラ區別セス而シテ法則トハ刑法ノ規定ノミニアラス苟モ刑事訴訟ニ於テ適用スヘキ公法私法ノ規定ハ勿論慣習法ニ違背シタル場合ト雖モ亦法則ニ違背シタルモノトス條約モ國內ニ於テハ法律ト同一ノ效力ヲ有スルヲ以テ之ヲモ包含スルモノト解セサルヘカラス之ニ反シテ下級ノ官吏ニ對シテ發シタル上級官吏ノ訓令及ヒ會社ノ定款ニ判例等ハ之ヲ包含セス

二 第二六八條第二項ニ依リ法律ニ違背スルトハ法則ヲ適用セス又ハ不當ニ適用スルヲ謂フ今實體法違背ニ付テ言ヘハ認定シタル犯罪事實ニ法則ヲ適用セサルカ如キ例ヘハ再犯ヲ認メナカラ再犯ニ關スル刑法第九一條以下ノ規定ヲ適用セス又認定シタル事實ノ不當ナルコト例ヘハ強盜ノ事實ヲ認メナカラ詐欺取財ニ關スル刑法第三九〇條ヲ適用シタルカ如キハ其ニ上告ノ理由トナルモノトス又訴訟法ノ違背ニ付テ言ヘハ法律上爲スヘキ訴訟行為爲テ不當ニ行ヒサルコト例ヘハ證據調ノ請求ヲ爲シタルニ證據決定ヲ爲ササルトキ又訴訟行為ヲ不當ニ行ヒタルコト例ヘハ證據調ノ規定ニ違背セルカ如キ即チ被告人ニ證據物件ヲ示シテ辯解ヲ求メザ

ルカ如キ又法律ニ禁シタル行爲ヲ爲シタルトキ例ハハ事實參考人ヲシテ宣誓ヲ爲サシメ其供述ヲ證據ト爲シタルトキノ如キハ皆上告ノ理由トナルモノトス

訴訟法上ノ違背ハ前審ニ於テ手續ノ違背タル事實ヲ知り居ルトキニ限り上告ノ理由トナルモノニアラス其違背タルヘキ事實カ上告裁判所ニテ始メテ主張セラレ判明シタルトキモ訴訟法ノ違背タルヲ免カレス此原則ハ訴訟中ノ事實ニ付テ行ハルルノミナラス訴訟外又ハ訴訟前ノ違背事實ニ付テモ亦行ハル例ヘハ前審ニ於テ除外ノ原因アル判事カ干與シタルコトヲ知ラスシテ進行シタル場合ニ於テモ上告裁判所ニ於テ始メテ之ヲ上告理由トシテ主張スルコトヲ得ヘシ(二六九條二項)又前審ニ於テ既ニ其事件ノ確定判決アルコトヲ知ラスシテ有罪ノ言渡ヲ爲シタル場合ニ上告審ニ於テ始メテ一事不再理ノ原則ヲ適用セサル不法アリト主張スルヲ得ヘシ

三 判決カ法律ノ違背ニ基クニアラサレハ上告ノ理由トナラス換言スレハ法律ノ違背カ判決ノ原因タルコトヲ要スルモノニシテ即チ正當ニ法則ヲ適用セシナランニハ判決ニ認ムルカ如ク裁判セラレサリシナラントノ理由ニ出テサルヘカラス故ニ上告ヲ爲スニハ法律ニ違背シタルコト及ヒ其違背カ判決主文ノ内容ニ影響ヲ有スルコトヲ主張セサルヘカラス若シ正當ニ法律ヲ適用シタル場合ニモ同一ノ裁判トナルヘキトキハ前審ニ於テ不當ニ法律ヲ適用スルモ上告ノ理由トナラス

判決ト法律ノ違背トカ原因結果ノ關係アリヤ否ヤヲ審査スルニハ實體法ノ違背ニ基ク場合ト訴訟法ノ違背ニ基ク場合トヲ區別セサルヘカラス

甲 判決カ實體法ノ違背ニ基クヤ否ヤハ攻撃サレタル判決ノ内容(判決理由)ニ依リテ之ヲ決定スルヲ得ルカ故ニ極メテ容易ナル問題ナリ故ニ判決ノ理由ハ第二〇三條ニ依リテ下級裁判所ハ如何ナル事實ヲ真實ト認メタルヤヲ記載シ又其事實ニ如何ナル法律ヲ適用シタルヤヲ示スモノナリ故ニ下級裁判所カ實體法ヲ誤リタルヤハ判決理由ニ依リテ知ルコトヲ得ヘシ

乙 判決カ訴訟法上ノ違背ニ基クモノナリヤ否ヤノ審査ハ甚タ困難ナル問題ナリ是ニ付テハ往時獨佛ニ於テ認メタル破毀ノ請求制度ト比較シテ攻究スルヲ便宜トス此制度ニハ三主義アリ

イ 判決ヲ破毀スルニ足ルヘキ訴訟法ノ制限的ニ列記シタルモノ

ロ 列記主義ヲ採ラス一般ニ重要ナル訴訟法ノ規定ニ違背スルトキハ判決ヲ破毀スヘシト定メタルモノ

ハ 以上二主義ヲ混合シテ共ニ採用シタルモノ

右三個ノ主義中(ロ)及ヒ(ハ)ノ二主義ハ(イ)ノ主義ニ比シテ優レリト雖モ此法ノ主義ニ於テモノノ困難アルハ重要ナル訴訟法ノ規定トハ如何ナルモノナリヤ其意義ヲ定ムル能ハサ

刑事訴訟法 上訴 上告 上告ノ理由



ルコト及ヒ同シク訴訟法ノ規定ニ違背スルモ或時ハ判決ニ影響アル場合アリ或時ハ然ラサル場合アルコト例ヘハ違法ノ豫審調書ニテモ之ヲ判決ニ採用スルコト否トニ因リ結果ヲ異ニスルニ至ルヘシ此困難アルカ爲メ現行刑事訴訟法ハ重要ナル規定ト重要ナラサル規定トノ區別ヲ爲スコトナク一般ニ判決カ法律ノ違背ニ基ク場合ニハ上告ノ理由アリトセリ故ニ原則トシテハ如何ナル訴訟法ノ規定ニテモ上告ノ理由ト爲シ得サルモノナシト謂フヘキナリ然レトモ事實上ニ於テハ此原則ヲ貫ク能ハサルコトアリ即チ訴訟手續ノ基礎ヲ爲ス規定ハ判決ノ内容ニ影響ナシト雖モ之ニ違背スレハ則チ判決ヲ破毀スルヲ至當トス是ニ於テ第二九六條ノ規定アリ又訴訟法中ニハ之ニ違背スルモ全ク上告ノ理由トナラサルモノアリ此點ニ付テ訴訟法ノ規定ヲ分類スレハ左ノ三種アリ

イ 絶對的ニ上告ノ理由トナルモノ 即チ第二六九條ニ列記セルモノ

ロ 絶對的ニ上告ノ理由トナラサルモノ 即チ捜査、豫審ニ關スル規定、訴訟上ノ強制處分ニ關スル規定、訓示の規定ハ之ニ屬ス此等ノ規定ハ之ニ違背スルコトアルモ判決ニ影響ヲ及ボサス

ハ 相對的ニ上告ノ理由トナルモノ 即チ之ニ關スル規定ニ違背スレハ判決ヲ破毀スルニ足ルヤ否ヤニ付テハ各場合ニ依リテ異ナル例ヘハ豫審終結決定ノ瑕疵ノ如シ此決定ニハ第二六九條第二號乃至第六號第九號ニ記載スル如キ違背ヲ生スルモ第四號第五號ノ外ハ

終結決定ノ確定力ニ依リ其瑕疵ハ除去セラレ公判ニ於テハ瑕疵トナラズ

要スルニ絶對的ニ上告ノ理由トナルモノヲ除キテハ訴訟法ノ違背カ判決ニ對シ原因トナリ得ヘキ推測アルトキハ其判決ヲ破毀スルニ足ル故ニ法律ノ違背カ判決ノ内容ニ影響ヲ及ボササルコトノ明白ナラサル限ハ訴訟手續上ノ瑕疵ニ因リ判決ハ破毀セラルルモノト謂フヘシ或ハ的確ニ法律ノ違背ト裁判トカ因果關係ヲ有スルモノニアラサレハ上告ノ理由トナストノ説ヲ唱フルモノアレトモ此説ニ依レハ辯護權ノ制限ノ如キ法律ノ違背ハ常ニ上告ノ理由トナラスシテ重大ナル違背モ其效ヲ生セサルニ至ルカ故ニ因果關係ノ推測ハ之ヲ以テ上告理由トナラサルモノト爲スヲ至當トス

判決カ訴訟規定ノ違背ニ基キヤ否ヤハ前審ノ判決ニ其實ヲ確定セサルカ故ニ上告裁判所ハ訴訟記録ヲ以テ違背シタル點ヲ審査セサルヘカラス然レトモ之ノミヲ以テ審査スルコト能ハサルコトアリ例ヘハ第二審ニ於テ裁判スル際ニハ其員タル判事カ既ニ他ノ裁判所ニ轉任シタルノ事實又ハ或判事ニ除斥ノ原因アリタルヤ否ヤ等ノ事實ハ訴訟記録ヲ以テ之ヲ知ルコト能ハス此ノ如キ場合ニ於テモ如何ナル方法ヲ以テ其實ヲ確定スヘキハ上告裁判所ノ隨意ナリ但直接審理ヲ以テ此事實ヲ確定スヘキモノニアラス必ス書面ヲ以テナスヘキモノトス此點ニ付テハ官報ヲ以テ轉任ノ事實ヲ知ルヘクシテ訴訟記録ニ存スル所ノミヲ以テ審査ノ範圍ト爲スヘキニアラス又或學者ハ證言ニ依リテ決定ムルコトヲ得ト言フモノアレトモ非ナリ

## 第二節 上告理由ノ擴張及ヒ制限

訴訟法ノ違背ニ付テハ第二六九條ヲ以テ第二六八條ヲ擴張セリ此規定ノ趣旨ハ訴訟手續ノ基礎ヲ成ス訴訟法ノ規定ニ違背スレハ其違背ト判決ノ内容トノ間ニ原因結果ノ關係ノ存スルト否トヲ問ハス常ニ判決ヲ破毀セサルヘカラス故ニ上告カ第二六九條ニ掲ケタル點ヲ理由トスルトキハ上告裁判所ハ其違背アリヤ否ヤノミヲ審査スルニ止マル若シ其違背カ判決ノ内容ニ影響ヲ及ホササルコト明白ナルトキト雖モ判決ヲ破毀セサルヘカラス

第二六九條ニ掲ケタル絶對的ノ上告理由ハ制限的ノモノニシテ即チ左ノ場合ナリ

一 規定ニ從ヒ判決裁判所ヲ構成セサリシトキ

定數ノ判事ニ缺クル所アル場合ノミナラス構成法ニ依リ判事ノ資格ヲ有セサル者カ裁判ニ干與シタル場合ヲモ包含ス又公判ハ第一七六條ノ規定ニ依リ判事、檢事、裁判所書記出廷シテ之ヲ爲スモノナレハ檢事又ハ書記ノ立會ナキ場合モ亦判決裁判所ヲ構成セサルモノトス

二 法律ニ依リ職務ノ執行ヨリ除斥セラレタル判事裁判ニ參與シタルトキ

但忌避ノ申請又ハ上訴ヲ以テ除斥ノ理由ヲ主張シタルモ其效ナカリシトキハ之ヲ以テ上告ノ理由トナスコトヲ得ス

除斥ノ原因ハ上告審ニ至リテ始メテ之ヲ主張スルヲ得然レトモ除斥ノ原因ニ基キ忌避ノ申請

ヲ爲ラモ其申請却下セラレ而モ確定シタルトキハ之ヲ再ヒ上告審ニ於テ主張スルコトヲ得ス

三 判事忌避セラレ其忌避ノ申請ヲ理由アリト認メタルニ拘ハラズ裁判ニ參與シタルトキ

前號及ヒ本號ハ予ノ考フル所ニ依レハ其ニ判事カ判決ニ干與シタル場合ニ限ルモノト信ス故ニ豫審終結決定ニ此原因アル豫審判事力之ニ干與スルモ該決定ノ確定ニ依リ其瑕疵ハ消滅スルモノトナス

四 裁判所ニ於テ其管轄達ヲ不當ニ認メタルトキ

本號ノ適用ハ土地ノ管轄ナルト事物ノ管轄ナルトヲ問ハス土地ノ管轄ニ付テハ檢事ノ上告ニ付テ第二七〇條ノ制限アリ

五 法律ニ背キ公訴ヲ受理シ又ハ受理セサルトキ

是レ檢事ノ起訴カ訴訟上不適法ナル場合ニシテ第六條ニ掲ケタル原因アル場合ハ茲ニ包含セス六 法律ニ定メタル場合ニ於テ檢事ノ意見ヲ聽カサルトキ

豫審手續ニ於テ檢事ノ意見ヲ聽カサルモ其終結決定ノ確定ニ因リ其瑕疵ハ消滅スルカ故ニ本號ハ公判ニ於テ檢事ノ意見ヲ聽カサル場合ナリトス

七 裁判所ニ於テ請求ヲ受ケタル事件ニ付キ判決ヲ爲サス又ハ職權ヲ以テ判決スルヲ得ヘキ場合ノ請求ヲ受ケサル事件ニ付キ判決ヲ爲シタルトキ

事件全體ニ付キ判決ヲ爲ササルトキハ上訴ノ目的ナキカ故ニ上告ヲ爲スヲ得サルハ明カナリ

故ニ請求ヲ受ケタル事件ニ付キ判決ヲ爲ストキハ數罪公判ニ付セラレタル場合ニ一罪ヲ判決セス又ハ全部ノ控訴ナルニ一分控訴トナシ或罪ニ付テ判決ヲ爲ササルカ如キヲ謂フ又請求ヲ受ケサル事件ニ付キ判決ヲ爲ストハ監守盜ノ起訴中ニハ官吏收賄罪ヲモ包含スルモノトナシ又ハ共犯ハ職權ヲ以テ判決スルコトヲ得ルモノトシテ之ニ付テ職權ヲ以テ判決ヲ爲シタルカ如キヲ謂フ職權ヲ以テ判決スルコトヲ得ヘキ場合トハ附帶犯ノ如キ不告不理ノ例外タルヘキ場合ヲ謂フナリ

八 裁判ヲ公行セス又ハ公開ヲ禁スル言渡ヲ爲サスシテ辯論ヲ公開セルトキ公開主義ヲ論シタル章ニ明カナリ今復タ贅セス

九 裁判ニ理由ヲ付セス又ハ其理由ノ齟齬アルトキ

裁判ニ理由ヲ付セサルヤ否ヤハ判決ノ言渡ヲ以テ審査スヘキモノニアラス何トナレハ判決ハ理由ノ告知ナクハ成立セサルカ故ニ其理由ヲ告知セサレハ上告ヲ爲スニ由ナクハナリ故ニ判決書ヲ以テ標準ト爲ササルヘカラス裁判ニ理由ヲ付セサル場合ハ其理由ノ全部ヲ缺タ場合ヲ包含ス例ヘハ事實上ノ理由ニ於テ犯罪要素ニ屬スル事實ヲ掲ゲス又ハ附加刑ヲ認メタルニ之ニ關スル刑法ノ規定ヲ適用セサルカ如シ要スルニ第二〇三條ニ違背スル場合ナリトス理由ニ齟齬アルトハ事實上ノ理由ニ於テ相互ノ矛盾ノ點アリ又法律適用ノ部分ニ相互ノ牴觸スル所アル場合ナリ此場合ニハ前審ノ刑事ハ如何ナル意見ヲ以テ裁判ヲ爲シタルヤヲ知ル能ハ

ス即チ上告審ニ於テ其裁判ヲ審査スルヲ得サルモノナルカ故ニ其判決ヲ破毀セサルヘカラス

一〇 擬律ノ錯誤

即チ事實上ノ理由ニ刑法ヲ適用スルニ當リ其適用ヲ誤リタル場合ナリ刑事訴訟法第六條ノ場合モ亦之ニ屬ス是レ實體法上ノ錯誤ニ基ク上告理由ニシテ訴訟法ニ基ク上告理由ニアラサルナリ上告ノ理由ハ第二六九條ノ規定ニ依リ之ヲ擴張シタルト同時ニ第二七〇條ニ於テ檢事ノ上告理由ヲ制限セリ同條ニ依レハ免訴又ハ無罪ノ言渡アリタル場合ニ於テハ被告人ノ利益ノ爲メ設ケタル規定ニ背キタルコト又ハ土地ノ管轄違アリト雖モ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ストセリ被告人ノ利益ノ爲メニ設ケタル規定トハ被告人ノ辯護權ト其權利ノ告知ニ關スル規定ナリ例ヘハ第一九八條、第二〇七條、第二二五條、第二二〇條末項ノ最終ノ發言權ノ如キナリ之ニ反シテ正當ニ手續ヲ進行セシムルカ爲メニ設ケタル規定ハ單ニ被告人ノ利益ノ爲メニ設ケタルモノニアラサルヲ以テ之ニ屬セス例ヘハ公判ヲ公開スル規定公判ニ被告人ノ出廷ヲ要スル規定ノ如シ第二七〇條ニ被告人ノ利益ノミニ設ケタル規定ヲ被告人ノ不利益ニ適用シテ之ニ違背スルモ其違背カ却テ被告人ノ利益トナリタル場合ニハ檢事ヨリ被告人ノ不利益ニ變更スルカ爲メニ上告理由ト爲ヌヲ得スト云フニ在リ此ノ如キ場合ハ手續ノ違背ト判決トカ原因結果ノ關係ナキト明白ナル場合ニ屬スレハ敢テ明文ヲ要スルモノニアラス然ルニ第二七〇條ノ規定ヲ設ケタルハ蓋シ獨逸治罪法ニ倣ヒタルカ故ナルヘシ又第二七〇條ハ右ノ如キ訴訟法ノ規定ヲ被告人ノ不利

益ニ適用セル場合ニ限リ檢事ハ之ヲ上告ノ理由ト爲スヲ得サルコトヲ定メタルモノナルカ故ニ此等ノ規定ヲ不當ニ被告人ノ利益ニ適用シ以テ之ニ違背シ之カ爲メニ無罪、免訴ノ判決ヲ爲シタル場合ニハ檢事ヨリ其違背ヲ以テ上告ノ理由トナスコトヲ得ヘシ又土地ノ管轄違アルモ上告ノ理由ト爲ササル所以ハ事物ノ管轄ヲ有スル各裁判所ハ土地ノ管轄權ヲ有セサルモ管轄裁判所ト同一ノ擔保ヲ有スルカ故ニ無罪、免訴ノ判決アリタル場合ニ限リ土地ノ管轄違ハ其判決ニ影響ヲ及ボササルモノト看做スカ故ナリ

### 第三節 上告ノ判決

上告裁判所ノ判決ノ種類ヲ舉クレハ左ノ如シ

一 棄却ノ判決(二八五條) 棄却ノ判決ニ又二種アリ即チ

甲 法律上ノ方式ニ違背シ又ハ期間内ニ於テ提起セサル上告ナキトキ 即チ上告不成立ノ場合ナリ

乙 破毀移送ノ判決(二八六條) 第二八六條ニ所謂上告ノ理由アリトスル場合トハ曾テ上告理由ニ於テ述ヘタルカ如ク第二八九條第四號及ヒ第五號前段第一〇號ノ場合ヲ除外其各號ニ

ニ掲ケタル上告理由カ單ニ法律上ニ違背セリト云フニ在リテ其理由ヲ盡ササルトキノ如シ

該リ其他法律ノ違背ト判決ノ内容ト原因結果ノ關係アル場合ヲ謂フナリ此場合ニハ上告ニ係ル判決部分ヲ破毀シ其事件ヲ原裁判所ニ接近シタル同等ノ裁判所ニ移送スルノ言渡ヲ爲スヘシ(二九〇條)判決ヲ破毀スルトキハ上告ニ係ル判決ノ部分ヲ破毀スルヲ謂フ上告モ亦控訴ニ於ケルカ如ク一部ノ七告ヲ許スコトハ第二八九條ノ明文ニ依リテ明カナリ但明示ナキ場合ニ於テハ控訴ニ於ケルト等シク全部ノ上告ト看做ス然レトモ一部ノ上告アリタル場合ト雖モ他ノ部分ニ關係アルトキハ其部分ヲ破毀スヘキモノトス而シテ破毀ノ範圍ハ控訴ニ於ケル場合ト同一ナリ

以下移送ヲ受ケタル裁判所ノ地位ニ付テ説明スヘシ破毀ニ因リ第二審判決及ヒ其手續ハ消滅スルモ第一審判決及ヒ之ニ對スル控訴ハ依然存在ス依テ事件ノ移送ヲ受ケタル裁判所ハ自ラ下級裁判所ノ判決ニ對シ控訴ヲ受理シタル地位ニ立チテ審理スヘキモノトス移送ヲ受ケタル裁判所ノ審理裁判ノ權限ハ通常ノ控訴ノ場合ト同シク事實及ヒ法律ノ點ニ付テ全部ノ覆審ヲ爲スヘキモノトス我刑事訴訟法ニ於テ破毀ノ場合ニ差戻ヲ爲サスシテ他ノ裁判所ニ移送スルモノト爲シタルハ是レ事實全體ニ付テ更ニ審理ヲ爲サシメントシタルカ故ニシテ先入主トナルヲ慮リタルモノトス

移送ヲ受ケタル裁判所ノ權限ハ上述スルカ如クナレトモ直接ニ控訴ヲ受ケタル場合ト異ナル點ハ裁判所構成法第四八條ニ依リ大審院ニ於テ法律ノ點ニ付テ發表シタル意見ニ驅束セラレ



ルコト是ナリ此意見ハ實體法ニ關スルト訴訟法ニ關スルトヲ問ハス下級裁判所ヲ羈束ス同條ニ適用ノ條件ハ移送ヲ受ケタル裁判所ニ於ケル新ナル審理ニ依リ全ク異ナリタル結果ヲ生シ爲メニ他ノ法條ヲ適用スルニ至ラサルコト是ナリ又同條ハ下級裁判所ニノミ對スル規定ナレトモ凡ソ上告裁判所自體ハ其事件ニ付キ發表シタル意見ニ自ラ羈束セラルルコト當然ナリ再ヒ上告アリタル場合ニ前ノ法律解釋ト異ナル判決ヲ爲ス能ハズ若シ前ノ判決ト反對ニ出ツレハ下級裁判所ハ適從スル所ヲ知ラサルナリ此理由ヨリ推ストキハ控訴院カ上告裁判所タルトキモ明文ナキニ拘ハラス下級裁判ハ其表示シタル意見ニ羈束セラルルモノト謂ハサルヘカラス從テ當事者モ亦之ニ反スル理由ヲ再上告ノ理由ト爲スヲ得ス

判決破毀ノ結果ハ原判決ト前審ノ手續トカ取消サレ前判決ノ程度ニ復スルモノナリ故ニ之ニ屬セサル原裁判所ノ檢事ノ爲シタル附帶控訴ハ上告人ノミノ上告ニ係ルトキト雖モ尙ホ依然トシテ存在スルモノトス移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テハ此附帶控訴ニ付テ裁判ヲ爲ササルヘカラス又原裁判所ニ於テ檢事ノ附帶控訴ハ理由ナシトシテ棄却シタル場合ニ檢事ヨリ上告ヲ爲サス上告人ヨリ上告ヲ爲シタル原裁判ヲ破毀シ他ノ裁判所ニ移送シタル場合ニ於テモ附帶控訴ハ消滅セス蓋シ一事件ニ於テハ其全部ヲ破毀スヘキモノニシテ附帶控訴ヲ棄却シタル判決ノ部分ヲモ破毀スヘキモノナレハ此棄却ノ判決ハ破毀ニ因リテ消滅シ其以前ノ原狀ニ復スヘキモノナリ

私訴ノ判決ニ對シ公訴ト同時ニ上告ヲ爲シ又ハ私訴ノ判決ニ對シテノミ上告ヲ爲シタルトキニ私訴ノミニ付テ破毀移送ヲ爲スヘキ場合ニハ他ノ裁判所ノ民事部ニ移ス(二八六條)從テ其以後ノ手續ハ民事訴訟法ニ從ヒテ審理スヘキモノニシテ刑事訴訟法ニ依ルコトヲ得ス(二九〇條)

### 三 上告裁判所自身ノ判決(二八七條) 上告裁判所自身ノ判決ニ付テモ亦二種アリ

#### 甲 擬律ノ錯誤アルトキ

此場合ニハ犯罪事實ハ既ニ確定シ唯法律ノ適用ニ付テ違背アルモノナレハ上告裁判所ニ於テモ本案ノ裁判ヲ爲スコトヲ得ヘク刑ノ言渡ヲモ爲スコトヲ得但犯罪事實ノ確定カ適法ニシテ且正確ナル場合ニ限ルコト勿論ナリ若シ事實ノ認定不確定ナルトキハ未タ裁判ヲ爲スニ適セサルモノナリ例ヘハ原判決ニ於テハ罪トナルヘキ事實ヲ認ムルモ其證據ノ證明ヲ缺キタルカ如キ理由ニ不備アリ又ハ理由ニ齟齬アルトキハ縱令其事實ハ刑法ノ適用ヲ爲スヘキモノナルニ拘ハラス上告裁判所ハ自ラ裁判ヲ爲スコト能ハズ破毀シテ之ヲ他ノ裁判所ニ移ササルヘカラス而シテ其移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テ更ニ事實ノ確定ヲ爲スコトヲ要ス獨逸治罪法ニ於テハ擬律ノ錯誤ニ因リ上告裁判所カ直チニ判決ヲ爲スヘキ場合ハ無罪免訴若シハ絕對ノ刑ヲ言渡ス場合(例ヘハ租稅額ノ幾倍ノ罰金ト云フ如キ場合又ハ最短期最少額ノ刑ノ言渡ヲ爲スヲ至當トスル場合)ニ限レリ是レ刑期ハ犯罪ノ情狀ヲ十分ニ知了ス

刑事訴訟法 上訴 上告 上告ノ判決

ルニアラサレハ定ムルコト能ハス犯罪ノ情狀ハ判決ノ理由中ニ完全ニ表示セラレルモノニアラス從テ最長期最短期ノ間ニ於テ刑罰ヲ定ムルハ辯論ニ基キテ爲スヘキモノニシテ記録ノ上ニ付テ爲スコトヲ得スト云フニ在リ然レトモ我刑事訴訟法ニ於テハ第二八七條ニ於テ一定不動ノ刑罰ヲ言渡ス場合ニ制限スルノ明文ナキヲ以テ刑ニ多少長短ノ範圍アル場合ニ於テモ上告裁判所ニ於テ刑ヲ定ムルコトヲ得ルモノトス

上告裁判所ニ於テ罰金刑ノ言渡ヲ爲スモ換刑處分ハ上告裁判所ニ於テ之ヲ爲スモノニアラス是レ刑ノ執行ニ屬スル處分ナルヲ以テ第三二〇條ノ趣旨ニ基キ原裁判所ノ檢事ヨリ換刑ヲ求メ原裁判所ニ於テ換刑ノ命令ヲ爲スヘキモノトス

### 乙 法律ニ基キテ公訴ヲ受理シタルトキ

此場合モ亦事實ノ審理ヲ要スルモノニアラサルカ故ニ上告裁判所ニ於テ直チニ裁判スヘキモノトス原裁判所ニ於テ不當ノ管轄ヲ認メタル場合ニ於テハ上告裁判所自ラ裁判ヲ爲スノ明文ナキヲ以テ他ノ裁判所ニ移送セサルヘカラサルカ如シト雖モ之ヲ移送スルモ移送ヲ受ケタル裁判所ハ第二六二條ニ依リ上告裁判所ト同一判決ヲ爲スニ止マリ更ニ事實ヲ審理スルノ要ナシ此ノ如ク無益ノ手續ヲ爲スハ法律ノ趣旨ニアラサレハ上告裁判所ハ此場合ニハ直チニ裁判ヲ爲スヘキモノトス殊ニ軍法會議ノ管轄ニ屬スル場合又ハ大審院ノ特別權限ニ屬スル場合ニ於テハ普通裁判所又ハ下級裁判所ノ管轄ニ屬セサルコトヲ上告審ニ於テ認ム

ルニ拘ハラス之ヲ下級裁判所ニ破毀移送スルハ其當ヲ得タルモノニアラス

上告裁判所ノ判決ニハ上述ノ外ニ原判決ヲ破毀セス公判手續ノミヲ破毀スル判決アリ(二八八條)凡ソ手續ノ違背ヲ以テ上告ノ理由ト爲スニハ違背ト裁判トノ間ニ原因結果ノ關係アルコトヲ要スル以上ハ本條ハ全ク其適用ナキモノナリ是レ全ク舊治罪法ノ遺物ニシテ無用ノ規定タルヲ免カレス治罪法第二三四條ニ於テハ不法ニ令狀ヲ發シ又ハ發セザルトキ不法ニ解釋、責付ヲ爲シ又ハ爲ササルコト等ニ依リテ其裁判所ノ會議局ニ故障ヲ許シ其會議局ノ判決ニ對シテ上告ヲ許セリ故ニ治罪法ニ本條ノ規定アリシハ公判ニ於ケル勾留狀ノ不法ノ發布等ニ對シ其手續ノミヲ破毀スルノ趣旨ナリト解スルヲ得ルモ本條ニ於テ公判ノ手續ト云フ勾留、勾引ノ如キモノヲ含マサルヤ明カナリ故ニ刑事訴訟法ニ於テ意味ナキ規定ナリト謂ハサルヘカラス

破毀ノ利益ハ獨リ上告人ニ及ヒ他ノ共犯人ニ及ハサルコトハ會テ述ヘタル所ナリ然レトモ之ニ對シテハ例外ナキニアラス(二八九條二項)第二八九條第二項ノ利益ハ當然他ノ共犯人ニ及ハス又非常上告ニ依リテ他ノ共犯人ニ對スル判決ノ部分ヲ取消スヘキモノニモアラス此場合ニ共犯人モ共ニ上告ヲ爲シ破毀スヘキ理由ヲ主張シタリト看做スヘキモノニシテ上告裁判所ニ於テ同時ニ上告ヲ爲ササル被告人ニ對スル部分ヲ破毀シ裁判スヘキモノトス今其條件ヲ擧クレハ左ノ如シ

一 共犯人ハ同一ノ犯罪ニ付テ同時ニ有罪ノ言渡ヲ受ケタル場合ニ限り適用セラレ單ニ數箇ノ

訴訟ヲ併合審理シタルノミニテハ十分ナラス例ハ竊盜ノ故買ト同時ニ判決セシトキニ適用ナシ又共犯人ニ對シテモ同時ニ判決アリタルコトヲ要シ一人ニ對シテハ先ニ公訴アリテ判決既ニ確定シ一人ニ對シテハ後ニ公訴起リテ其訴訟ノ上告ニ於テ擬律ノ錯誤アリタルトキニハ適用ナシ是レ第二八九條第二項ノ共同被告人ナル文字ヨリ推シテ爾タ言フヲ得ルナリ

二 法文ニ上告ヲ爲ササル共同被告人ニモ及フトアレトモ共同被告人カ上告ヲ爲シタルモ其理由ナカリシトキニモ亦適用セラル

三 被告人ノ利益ノ爲メニ判決ヲ破毀シタルコトヲ要ス即チ無罪免訴又ハ公訴不受理トナリ又ハ刑ノ減輕アル場合ナラサルヘカラス而シテ其上告ハ被告人ヨリ爲シタルト檢事ヨリ爲シタルトヲ問フコトナシ

四 公訴ヲ不法ニ受理シ又ハ擬律ニ錯誤アルニ因リテ破毀ヲ爲ス場合ナルヲ要ス但管轄違ノ場合ヲ包含セス

五 共通ノ違法アルニ由リ破毀ヲ爲シタルコトヲ要ス故ニ同種類ノ違法アルモ共通ニアラザレハ不可ナリ而シテ公訴ヲ不法ニ受理シタルトキハ多クハ共通ノ違法ニシテ又常ニ利益ノ破毀ナリトス之ニ反シテ擬律ノ錯誤アルトキハ必スシモ然ラス例ヘハ有恕減輕、再犯加重ノ如キ違法ハ他ノ共同被告人ニ同一ノ事由アルモ之ニ利益ヲ及ボササルモノトス

六 上告裁判所カ自ラ本案ノ判決ヲ爲ス場合ニ限り適用ヲ見ル上告裁判所カ事件ヲ移送スルト

キハ之ヲ受ケタル裁判所ニテ擬律ノ錯誤ヲ更正シ又ハ公訴不受理ノ言渡ヲ爲スコトアルヘキモ此場合ニハ事實ノ審理ヲ爲スカ故ニ或ハ其罪情ノ變スルコトアルヘキ必スシモ共同被告人ニ利益アリト謂フヘカラス其利益ハ未定ニシテ豫メ知ルコトヲ得サレハ之ニ包含セス

第二八九條ノ規定ハ數人ノ共同被告人アルトキ一人カ上告ニ依リ無罪等ノ利益ヲ受ケ一人ハ上告ヲ爲ササルカ爲メニ有罪タルハ正義ヲ害スト云フニ基クモノナリ然レトモ其理由トスル所ハ頗ル不明ニシテ且其當ヲ得タルモノニアラス蓋シ同時ニ共同被告人ニ對シ判決カ言渡サレタルハ全ク偶然ノコトナリトス然ルニ第二八九條ノ特典ハ此偶然ノ事項ニ係ルモノナリ若シ此理由ヲ正當ナリトセハ共犯ニアラスシテ同種類ノ犯罪ヲ犯シタルトキト雖モ一ハ無罪トナリ一ハ有罪トナリタルトキニモ正義ハ害セラルルモノナレハ此場合ニモ他ノ共同被告人ニ利益ヲ及ボサシメサルヘカラス

上告裁判所自身カ判決ヲ爲ス場合ニ於テハ不利益ニ變更スルコトヲ得サルノ制限アリ(二九一條)是レ控訴ノ場合ニ於ケルト同シク法律ノ特典ニ基クモノナリ

第二九一條ハ上告裁判所ヨリ移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テモ適用サルモノナリヤ否ヤ是レ議論ノ存スル所ナリ例ヘハ原判決ニ於テ第一審判決ヲ取消シ更ニ輕キ刑ヲ言渡シ上告裁判所カ之ヲ破毀移送シタルトセハ其事件ノ移送ヲ受ケタル裁判所ハ原判決ノ刑ヨリ重キ刑ヲ言渡スコトヲ得ルヤ或ハ形式上ヨリ言ヘハ上告人ハ上告裁判所ニ於テ原判決ヲ破毀シ事件ヲ移送ヲ爲シタ

ルトキニ其目的ヲ達スルモノニシテ事件ノ移送ヲ受ケタル裁判所ニテ不利益ノ變更ヲ禁スルコトハ想像スルヲ得ス然レトモ實體上ヨリ言ヘハ原判決ノ破毀ハ其レ自身カ目的ニアラス上告審ノ破毀ハ移送ヲ受ケタル裁判所ノ新ナル審査ニ依リ無罪、免訴トナリ又ハ輕キ刑ヲ求ムルノ手段ナリ移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テモ此不利益ノ變更ノ制限ナケレハ上告人ハ其結果ニ於テ危險ナルモノナリ恰モ控訴ニ於テ此制限ナキト同一ナリト然レトモ原判決ハ既ニ破毀ニ因リテ消滅シタルモノナレハ其刑期ハ不利益ト否トノ標準トナラス從テ第二九一條ヲ玆ニ適用スルコトヲ得ス移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テハ第二六五條ニ依リ第一審ノ刑ヲ以テ標準ト爲スヘシ斯ノ如クナレハ移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テモ檢事ハ附帶控訴ヲナスコトヲ得ヘシ

#### 第四章 抗告

抗告トハ裁判所若クハ判事ノ爲シタル決定ニ對スル上訴方法ナリ抗告ハ控訴ト同シタ事實及ヒ法律ノ點ニ付テ攻撃ヲ爲スモノニシテ上告ト異ナリ其理由ニ制限ナシ又抗告ハ他ノ上訴ノ如ク三審級ニ限ラルモノニアラス控訴院カ上告裁判所タルトキニ於テモ控訴院判事ニ對シ忌避ノ申請ヲ爲シ之ヲ却下シタル同院ノ決定ニ對シテ更ニ大審院ニ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ  
刑事訴訟法第二九三條ニ依レハ抗告ハ法律ニ於テ特ニ之ヲ許シタル場合ニ限リ爲スコトヲ得トセリ其場合ヲ舉クレハ左ノ如シ

一 忌避ノ申請ヲ不當ナリトシ却下スル決定(四一條、民訴三八條)

二 證人、鑑定人、通事カ判事又ハ裁判所ノ呼出ヲ受ケ出頭セサルカ爲メ費用賠償及ヒ罰金ヲ言渡ス決定(一〇〇條、一一八條、一二八條、一三六條、一九〇條)

三 證人、鑑定人カ宣誓又ハ供述ヲ背セサルカ爲メ罰金ヲ言渡ス決定(一二六條、一三八條、一九〇條)

四 豫審終結決定ニ付テハ重罪公判ニ付スル決定ハ檢事及ヒ被告人ヨリ又免訴管轄違ノ決定ハ檢事ヨリ抗告ヲ爲スコトヲ得(一一一條)

五 第一審若クハ第二審裁判所ニ於テ期間經過後ノ控訴若クハ上告ヲ棄却スル決定(一二五條、二七六條)

六 刑ノ言渡ニ付キ疑議ノ申立アルトキ又ハ執行ニ付キ異議ノ申立アルトキ之ニ關スル決定(三三一條)

以上第二、第三ノ場合ニハ證人、鑑定人及ヒ通事ハ第三者タル地位ヲ去リテ當事者タル地位ヲ得ルモノニシテ第六ノ場合ニハ被告人カ此點ニ付キ當事者タル地位ヲ復活スルモノナリ

抗告期間内ニ抗告アリタルトキハ原決定ノ執行ヲ停止スルノ明文アルハ右第二第三及ヒ第四ノ三場合ナリ(一七四條、一一八條一項末段、一二六條末段)第二、第三ノ場合ニハ此抗告ハ執行ヲ停止スル效力ヲ有ストノ明文アルカ故ニ恰モ抗告アリタルトキノミ執行ヲ停止スルカ如ク



ナレトモ抗告期間内ハ何時抗告アルヤモ測ルヘカラサルハ抗告期間内ハ無論其執行ヲ停止セサルヘカラス其他ノ場合ニ於テハ明文ナキモ執行ヲ停止スルト同一ノ結果ヲ生スルモノナリ第一ノ場合ニ忌避ノ申請アレハ公判ノ辯論ハ之ヲ中止シ豫審ハ急速ヲ要セサルモノヲ除ク外續行スルモノトス此狀態ノ忌避ノ申請却下ノ決定アルニ因リテ變更スルモノニアラサレハ執行ヲ停止スルト同一ノ結果ナリ第五ノ場合ニ於テ控訴又ハ上告棄却ノ決定アルモ判決ノ執行ヲ爲スニ至ルモノニアラサレハ此決定ヲ執行セサルト同一ナリ又第六ノ場合ニ於テモ此決定アルカ爲メニ現ニ行フ刑ノ執行ヲ變更又ハ中止スルコトナキヲ以テ決定ノ執行ヲ停止スルト同一ナリ但執行ヲ停止セサルモノハ豫審終結決定ヲ以テ保釋責付ヲ取消シタル場合ノミナリ

## 第七編 非常上告及ヒ再審

### 第一章 非常上告

我刑事訴訟法ニ於テハ確定判決ニ對シ非常上告及ヒ再審ノ方法ヲ設ケタリ非常上告ハ確定判決ニ法律適用ノ誤謬アル場合ニ之ヲ許シ再審ハ事實ノ誤謬アル場合ニ之ヲ許シ以テ被告人カ不當ノ責任ヲ負コトナキヲ期セリ非常上告ハ佛國治罪法ニ於ケル法律ノ利益ノ爲メニスル上告ナル制度ヨリ移植サレタルモノナリ(佛國治罪法四一條、四四二條)佛國治罪法ニ於ケル此制度ハ法律ノ適用ヲ統一スルノ目的ヲ以テ違法ノ確定判決ニ對シ如何ナル場合ヲ問ハス之ヲ許スト

雖モ確定判決ヲ破毀更正スル裁判ノ效力ヲ上告ニ及ホサス即チ原判決ノ執行ニハ何等ノ影響ナキモノトセリ然レトモ我刑事訴訟法ニ於ケル非常上告ノ制度ハ上告人ノ利益ニ變更スル場合ニ限り之ヲ許シ破毀更正ノ結果モ亦上告人ニ對シ其效力ヲ及ホスモノトセリ是レ彼我兩制度ノ異ナル點ナリ

第二九二條ニ依レハ非常上告ヲ許ス場合ハ左ノ如シ

第一 第一審裁判所若クハ第二審裁判所ノ確定判決アルヲ要ス

第一審又ハ第二審ノ判決ニ對シ期間内ニ上訴スル者ナクシテ其判決確定シタルトキニアラサレハ非常上告ヲ爲スコトヲ得ス而シテ第二審ノ判決ニ對シ期間内上告ヲ爲シタル者アルトキハ非常上告ヲ爲スコトヲ得ス即チ上告裁判所ノ判決ニ對シテハ非常上告ヲ許サス蓋シ上告裁判所ハ上告論旨トナササル法律ノ違背ニ付テハ審查スルコトナキヲ以テ上告裁判所ノ判決ニ對シ非常上告ヲ許ササルハ不當ナルカ如シト雖モ是レ佛國ニ於ケル上告スル者ナキ場合ニ法律ノ利益ノ爲メニ大審院ノ權力ヲ擴張シタル趣旨ヲ繼承シタル結果ナリトス

第二 法律ニ於テ罰セサル行爲ニ對シ刑ヲ言渡シ又ハ相當ノ刑ヨリ重キ刑ヲ言渡シタル場合ナルコトヲ要ス

本號前段ハ無罪ノ事實ヲ認メ之ニ刑罰ヲ科シタル場合ニシテ擬律錯誤ノ一ナリ後段ハ管ニ法律ニ認メタル刑罰範圍外ノ刑ヲ言渡シタル場合ノミナラス即チ加減順序又ハ刑期計算ヲ誤リ

タルトキノ如キ又ハ輕罪ノ刑ヲ加ヘテ重罪ト爲シタルカ如キ擬律ノ錯誤ニ因リ相當ノ刑ヨリ重キ刑ヲ言渡シタル場合即チ恐喝取財ノ事實ヲ認メ之ニ強盜ノ法條ヲ適用シタルカ如キヲモ包含ス此點ニ付テハ學者間異論ナキニアラスト雖モ明文ニ擬律錯誤ノ場合ヲ除外スルノ制限ナキヲ以テ斯ク解釋スルヲ至當ナリトス而シテ前段恐喝取財ノ事實ニ強盜ノ法條ヲ適用シタルモ之ヲ酌量輕減ス恐喝取財ノ罪ニ相當スル刑ヲ言渡シタル場合ニモ非常上告ヲ爲スニ妨ケナシ蓋シ相當ノ刑トハ犯罪所爲ノ情狀ニ相當スル刑トノ意ニアラスシテ法律ノ適用カ相當ナリト解スヘケレハナリ

以上舉示シタル場合ニ於テハ刑ノ執行ヲ終リ又滿期免除特赦ニ因リ執行ヲ免セラレタル後ト雖モ何時ニテモ非常上告ヲ爲スコトヲ得ヘシ蓋シ非常上告ニハ期間ヲ設ケサルカ故ナリ又此場合ニ於テ破毀ヲ得レハ上告人カ新ニ罪ヲ犯スコトアルモ再犯トナルコトナキヲ以テ上告人ニ利益アリト謂フヘキナリ然レトモ被告人ノ死去後ハ非常上告ヲ爲スヲ得サルヲ一般ノ性質トス蓋シ當事者ノ存在ナクシテ判決ヲ言渡スコトヲ得ルハ法律ノ明文ヲ待テ始メテ存スヘキモノニシテ法律之ヲ再審ニ限リ認メタリ

非常上告ヲ爲スヲ得ル者ハ其事件ニ付キ上告ヲ受クル權アル裁判所ノ檢事ニシテ司法大臣ノ命ニ因リ又ハ職權ヲ以テ非常上告ヲ爲ス故ニ非常上告ヲ受クル裁判所ハ大審院タルコトアルヘク又控訴院タルコトアルヘキナリ

雜 錄

○大審院判例要旨

○民事訴訟法第九十條第二項二號ノ法意 民事訴訟法第九十條第二項二號ニ於テ訴狀

ニハ請求ノ一定ノ原因ヲ記載スルコトヲ要スル旨規定シタルハ必スシモ請求ノ原因ヲ一箇ニ限定シ一箇ノ請求ニ付キ數箇ノ原因ヲ記載スルコトヲ得サルノ趣旨ニ出テタルモノニ非スシテ唯請求ノ原因ヲ確定シ如何ナル特定ノ法律關係ニ基キ請求ヲ爲スヤヲ明確ニスルコトヲ要スルノ法意ニ外ナラサレハ請求權ノ因テ生スル確定ノ法律關係二箇以上并ヒ存シテ互ニ抵觸セサルトキハ其二箇以上ノ法律關係ヲ請求ノ原因トシテ主張スルコトヲ妨ケス是レ本院判例ノ是認スル所ナリ(明治四十年一月二十七日第二民事部判決)

○株式會社設立ノ發起人タル資格要件 株式會社ノ設立ニ定款ヲ作リ其發起人ノ署名アルヲ必要トスルコトハ商法第二百十條ニ規定スル所ニシテ定款ニ記載ス可キ事項中第八號即チ發起人ノ氏名住所ヲ定款ニ記載セサルトキハ後チ之ヲ補足スルコトヲ得サルカ如ク會社ノ設立ニハ絶對の必要ノモノ(商法第二百十一條)ナレハ會社設立ノ際事實上縱令ヒ發起人ノ如キ狀態ニテ行動シタル者アリトモ其者ノ氏名住所カ定款ニ記載セラレス及ヒ之ニ署名セサルト

キハ此ノ如キ者ハ法律上株式會社設立ノ發起人ト云フヲ得サルモノトス (明治四十年(一)第四百一  
月二十九日第  
二民事部判決)

○詐欺取財罪ノ構成要件タル實害ノ意義 詐欺取財ノ構成ニハ被害者ニ實害即チ財産上ノ損  
害ヲ生シタルコトヲ要スルハ所論ノ如クナレトモ所謂實害トハ欺罔手段ニ因リ被欺罔者カ錯  
誤ニ陥リ給付シタル物ノ全部ヲ云フカ故ニ實害ノ有無ハ所論ノ如ク被欺罔者カ給付シタル物  
ト欺罔者ヨリ提供シタル物ト其價格ヲ比較シテ判定スヘキモノニ非ス何トナレハ被欺罔者ノ  
得タル物ハ欺罔者カ欺罔手段トシテ提供シタルモノナレハ犯罪ノ用ニ供シタル物ニ外ナラス  
シテ被欺罔者ノ失ヒタル物ハ欺罔手段ニ因ルニ非サレハ給付セサリシモノナレハナリ (明治  
年(一)第一二四號同十二  
月二十三日第二民事部宣告)

梅 法學博士 主筆

# 法學志林

第十卷 第二號 二月二十日 發行  
每月一回廿日發行  
定價一冊金拾貳錢  
郵 税金壹錢  
十冊前金郵稅共  
行 金壹圓貳拾錢 (第百二號)

◎ 志

林

最近判例批評  
刑事政策瑣言  
移民ノ經濟價值ニ就テ  
緊急行為ヨリ生シタル害ト避ケントシ  
タル害トノ輕重ヲ定ムル標準  
租借地ノ性質  
法學博士 梅謙次郎  
法學博士 菱谷精吾  
法學博士 河津新熊  
法學博士 泉二雅之介  
法學博士 秋山雅之介  
法學博士 乾法學士  
刑法一題(牧野法學士)

◎ 法  
◎ 質  
◎ 纂  
◎ 散  
◎ 判  
◎ 雜  
◎ 記

疑

典 憲法一題(清水法學博士) 民法四題(橫田法學士)  
錄 商法三題(佐竹法學士、梅法學博士、加藤法學博士)  
論 民訴一題(板倉法學士) 行政一題(島村法學士)  
例 破産力再賣買ニ及ボス效果  
獨逸國ノ司法官採用試驗  
大審院判決例 三十六件  
報 會 帝詔發セラル大蔵、逓信兩相ノ交迭○政府不信任案ノ否決○増稅案及豫算案ノ通過○増稅反對大觀  
會 東京都制案ノ要項○韓國司法官ノ内定○韓國ノ日人大官○布哇移民ノ停止○陳述禁止事件ト東京辯護士  
事 金○講義會○學生會役員○學生會第一同例會○專門部法律科卒業再試験問題○校友原君ノ消息○十日會○寄附  
會 校友獎勵○寄附書

發行所 法政大學  
東京市麴町區富士見町  
六丁目十六番地

校外生規則摘要

- 一 十个月以上本大學ノ校外生タル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス
- 一 講義録ノ講習ヲ終リタル者ハ校外生營業證書ヲ請求スルコトヲ得但手數料金貳拾錢ヲ納ムヘシ
- 一 校外生月謝ハ左ノ如シ
  - 各學年 金四拾錢 全學年 金壹圓
  - 一 各學年 金貳圓三拾錢 全學年 金五圓五拾錢
  - 六 各學年 金四圓五拾錢 全學年 金拾壹圓
  - 一 各學年 金四圓五拾錢 全學年 金拾壹圓
- 一 月謝ヲ納付シタルトキハ講義録ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領收證ヲ交付セス若シ相當ノ日時ヲ過キテ講義録ノ到達セザルトキハ其旨本大學ニ通知スヘシ
- 一 校外生ハ講義録中ニ經義アルトキハ講義録ノ番號ヲ科目ノ頁數及ヒ疑問ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ
- 一 質疑通信ノ文意解シ難キモノ主旨明確ニシテ解答ヲ要セスト認ムルモノハ解答ヲ付セス
- 一 質疑中有益ト認ムルモノハ之ニ解答ヲ付シ法學志林又ハ講義録ニ登載スヘシ

◎注意

振替貯金ヲ以テ月謝ヲ納付セラルトキハ其都度振替貯金規則ニ依ル登記料金二錢ヲ要スルノ外失費ナク安全ニシテ便利ナリ

振替貯金口座『三三九四番』

明治四十一年三月十九日印刷  
(定價金五十錢)  
明治四十一年三月二十日發行

東京市牛込區牛込北町十番地  
編輯者 萩原敬之

東京市四谷區四谷左門町五十八番地  
印刷者 重利俊夫

東京市赤坂區新町五丁目四十二番地  
印刷所 金子活版所

發行所  
私立法政大學

(電話番町一七四番)